

ÉLÉMENTS
DE
DROIT CIVIL

POUR SERVIR A
L'ENSEIGNEMENT UNIVERSITAIRE

PAR
GÉRARD GALOPIN
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

TOME I^{er}

1^{er} FASCICULE

LIÈGE
IMPRIMERIE H. VAILLANT-CARMANNE

Rue St-Adalbert, 8.

1891

UNIVERSITÉ DE LIÈGE
BIBLIOTHÈQUE
DE LA FACULTÉ DE DROIT

IV B
12/

ÉLÉMENTS DE DROIT CIVIL

BIBLIOGRAPHIE ÉLÉMENTAIRE.

DRAMARD. *Bibliographie raisonnée du Droit civil*. Paris, 1879.

DE LE COURT. *Codes belges et lois usuelles*. Bruxelles, 1891.

ARNTZ. *Cours de Droit civil*, 2^e édit. Bruxelles, 1879.

BAUDRY-LACANTINERIE. *Trécis de Droit civil*, 3^e édit. Paris, 1888.

LAURENT. *Cours élémentaire de Droit civil*. Bruxelles, 1881.

MOURLON. *Répétitions écrites sur le Code civil*. 12^e édit. Paris, 1884.

AUBRY et RAU. *Cours de Code civil*. 4^e édit. Paris, 1872.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. *Cours analytique de Code civil*.
2^e édit. Paris, 1885.

DEMOLOMBE. *Cours de Code civil*. Nouvelle édit. Paris, 1880.

LAURENT. *Principes de Droit civil*. Bruxelles, 1876.

Belgique judiciaire. Bruxelles.

DALLOZ. *Recueil périodique de jurisprudence*. Paris.

Journal des tribunaux. Bruxelles.

Jurisprudence de la Cour de Liège. Liège.

Pasicrisie belge. Recueil général de la jurisprudence des cours et tribunaux de Belgique. Bruxelles.

INTRODUCTION

De la classification des droits ⁽¹⁾.

1. Les droits se divisent en droits *publics* ou *constitutionnels*, *politiques* ou *civiques*, *civils* ou *privés*.

Les droits publics sont ceux que garantit le titre II de la Constitution; leur caractère propre est qu'ils sont destinés à protéger les droits civils et les droits politiques.

Les droits politiques sont relatifs à l'exercice de la souveraineté nationale; ce sont les droits à l'effet d'élire aux fonctions publiques, d'y être élu et de les exercer. Sous la constitution du 22 frimaire an VIII, le terme *citoyen* avait un sens technique; il désignait les personnes investies des droits politiques.

Les droits civils sont ceux qui concernent les relations individuelles. On peut dire aussi que ce sont tous ceux qui ne sont ni publics ni politiques. Tel est le sens général des mots droits civils. Art. 7. Mais d'autres textes emploient ces mots dans un sens restreint pour désigner les droits privés qui appartiennent exclusivement aux nationaux. Art. 8, 11, 13.

2. Il ne faut pas confondre ces deux expressions : *avoir la jouissance des droits civils*, et *avoir l'exercice de ces droits*. Elles désignent deux conditions juridiques différentes. Avoir la jouissance d'un droit, c'est être investi de ce droit. En avoir l'exercice, c'est pouvoir le mettre en œuvre, par soi-même, sans assistance ni autorisation.

Tous ceux qui jouissent des droits civils n'en ont pas nécessairement le libre exercice. Il en est ainsi des mineurs

(1) EDM. PICARD. *Le droit. Premiers principes*. Bruxelles, 1890.

et des interdits ; ils doivent être représentés dans les actes de la vie civile par leur mandataire légal, père ou tuteur. Il en est ainsi encore des femmes mariées ; elles ne peuvent agir valablement sans l'autorisation de leur mari ou de la justice.

Les personnes qui n'ont pas le libre exercice de leurs droits civils sont désignées sous le nom générique d'*incapables*.

3. Tout droit comprend trois éléments essentiels :

- A. Un *sujet* qui le possède ;
- B. Un *objet* auquel le droit se rapporte ;
- C. La *garantie* de la loi.

L'objet d'un droit civil peut consister soit en une qualité conférée au sujet, ou bien en une chose matérielle, ou bien encore en une obligation à remplir par autrui, ou enfin en une invention ou production de l'esprit.

D'après leur objet, les droits civils se divisent donc :

1° En *droits personnels*. Ici le sujet du droit est investi de certaines qualités, telles que la nationalité, la parenté, l'alliance, etc.

2° En *droits réels*. Ces droits présentent ce caractère qu'ils portent directement et immédiatement sur une chose matérielle.

3° En *droits de créance* ou *d'obligation*. Cette classe de droits suppose nécessairement deux personnes déterminées, l'une qui a le droit et l'autre dont le fait constitue l'objet du droit. Ces droits sont dits *d'obligation* parce qu'ils *obligent* celui à qui ils s'appliquent à faire ou à ne pas faire certains actes, au profit de celui qui en est le titulaire.

4° En *droits intellectuels* ou *d'auteur*. Ces droits sont de conception moderne. Il n'y a pas d'assimilation possible entre eux et les droits réels.

Le Code civil ne s'occupe pas des productions intellectuelles. Sa classification des objets de droits ne comprend que les qualités, les choses et les hommes.

Parmi les quatre catégories de droits, il en est trois qu'on peut en principe transmettre à autrui : les droits réels, les droits de créance et les droits d'auteur.

LIVRE PREMIER

Des personnes ⁽¹⁾.

4. Dans son acception juridique, le mot *personne* désigne tout être sujet de droits et de devoirs.

Il y a deux genres de personnes juridiques : les personnes *physiques* ou *naturelles* et les personnes *civiles* ou *morales*.

5. Depuis l'abolition de l'esclavage, tout homme est une personne.

L'enfant né viable est une personne dès le moment de sa naissance.

Les enfants nés sans vie et les enfants nés vivants mais non viables ne sont pas regardés comme des personnes. Art. 314, 3^e, et 725. N'est point viable l'enfant qui naît si imparfaitement conformé que la prolongation de son existence est matériellement impossible.

6. L'enfant n'a d'existence propre ni par conséquent de personnalité qu'après sa naissance.

Cependant, par une fiction légale, l'enfant simplement conçu est assimilé aux personnes toutes les fois qu'il y va de son intérêt. *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur.*

A la différence du droit romain, le Code n'a pas formulé cette maxime d'une manière générale ; mais il l'a consacrée par d'importantes applications en matière de succession et de donation entre vifs ou testamentaire. Art. 393, 725, 906, 961. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider, par argument à fortiori de ces textes, que le principe romain subsiste encore aujourd'hui dans toute sa généralité, c'est-à-dire dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est en cause. P. 1881, I, 134.

(1) VALETTE. *Cours de Code civil*. Paris, 1872.

L'attribution de la personnalité à l'enfant simplement conçu est subordonnée, quant à ses effets définitifs, à la condition qu'il naîtra vivant et viable. Art. 725 et 906.

7. Les personnes civiles sont certaines collections d'individus auxquelles la loi attribue une personnalité fictive et confère, en conséquence, quelques-uns des droits qui appartiennent aux personnes physiques, notamment le droit de propriété.

Les personnes civiles constituées en Belgique n'ont que les droits qui leur sont conférés par la loi.

La matière des personnes civiles se rattache au droit public et au droit administratif plutôt qu'au droit civil proprement dit ⁽¹⁾.

8. Dans le premier livre du Code, le législateur envisage les personnes physiques; il y réglemente leur état et leur capacité, par rapport aux droits civils. Les art. 7 et 102 montrent que le législateur n'entend pas parler ici des droits politiques.

L'état civil d'une personne, c'est sa situation dans la société et dans la famille, situation d'où dérivent ses droits et ses devoirs. L'état civil se résume dans les qualités de belge ou d'étranger, de mari ou de femme mariée, de père, de mère ou d'enfant légitime, naturel ou adoptif. Les contestations auxquelles ces qualités peuvent donner lieu sont appelées questions d'état. Art. 326 et 327.

Au sens propre, la capacité est l'aptitude des personnes pour l'exercice de leurs droits. L'âge, le mariage, les infirmités intellectuelles, les condamnations pénales sont les causes qui exercent le plus d'influence sur la capacité des personnes.

Dans le titre premier du Code, le législateur ne s'occupe que de la jouissance des droits civils, sans s'inquiéter de leur exercice. C'est dans les titres du mariage, de la tutelle, de l'interdiction et des obligations, et aussi dans la partie générale du Code pénal, qu'il faut aller chercher la théorie des incapacités.

(1) VAUTHIER. *Études sur les personnes morales*. Bruxelles, 1887.

TITRE I^{er}.

De la nationalité et de la jouissance des droits civils.

9. Le titre I du Code est intitulé : “ *De la jouissance et de la privation des droits civils*, „ et il se trouve divisé en deux chapitres qui correspondent à ces deux termes : jouissance et privation des droits civils.

Cet intitulé est inexact. La plupart des articles du titre I traitent de la manière d'acquérir et de perdre la qualité de belge. Sans doute, il y a un rapport intime entre la notion de la nationalité et celle de la jouissance des droits civils. Art. 8 et 11. Mais la théorie de la nationalité ne produit pas seulement des conséquences quant à la jouissance des droits civils; elle en produit aussi dans les autres parties de la législation, et spécialement en droit public. Il importe donc d'examiner l'idée de la nationalité d'une manière principale et non d'une manière incidente.

10. Le commentaire du titre sera divisé ainsi :

CHAPITRE I^{er}. — De la nationalité.

SECTION 1^{re}. — De l'acquisition de la qualité de belge.

§ 1^{er}. — Des belges de naissance.

I. — Des enfants nés de parents légalement connus.

II. — Des enfants nés en Belgique de parents légalement inconnus.

§ 2^e. — Des personnes qui ne deviennent belges qu'après leur naissance.

I. — De l'étrangère qui devient belge de plein droit.

II. — Des étrangers qui peuvent devenir belges par suite d'une déclaration formelle et sous certaines conditions.

A. — De l'enfant né en Belgique d'un étranger.

B. — De l'enfant né d'un ci-devant belge.

C. — De l'enfant né antérieurement à la naturalisation de son père.

SECTION 2^e. — De la perte de la qualité de belge.

§ 1^{er}. — De la femme qui épouse un étranger.

§ 2°. — Du belge qui acquiert volontairement une nationalité étrangère.

§ 3°. — Du belge qui s'établit en pays étranger sans esprit de retour.

SECTION 3°. — Du recouvrement de la qualité de belge.

§ 1^{er}. — Du ci-devant belge qui s'est fait naturaliser à l'étranger, ou qui s'est établi à l'étranger sans esprit de retour.

§ 2°. — De la femme qui est devenue étrangère par son mariage.

SECTION 4°. — De la preuve de la qualité de belge.

CHAPITRE 2°. — De la jouissance des droits civils.

SECTION 1°. — De la condition des belges.

SECTION 2°. — De la condition des étrangers.

§ 1^{er}. — Des étrangers ordinaires.

§ 2°. — Des étrangers protégés par un traité.

§ 3°. — Des étrangers domiciliés avec autorisation du Roi.

SECTION 3°. — De la privation des droits civils en vertu de condamnations judiciaires.

CHAPITRE 1^{er}. — DE LA NATIONALITÉ.

11. Le Code distingue deux catégories de personnes : les belges et les étrangers. Il ne connaît pas d'état intermédiaire. A ses yeux, toute personne qui n'est pas belge est par cela même étrangère, sans qu'il y ait à rechercher si cette personne possède ou non une nationalité déterminée. Un individu sans nationalité est tout de même un étranger à la patrie belge.

SECTION 1^{re}. — De l'acquisition de la qualité de belge.

12. On est belge depuis sa naissance ou on le devient en vertu d'un fait postérieur à la naissance.

§ 1^{er}. — DES BELGES DE NAISSANCE.

13. Sont belges de naissance :

1° L'enfant né, même en pays étranger, soit d'un père belge, soit d'une mère belge, quand le père est légalement inconnu.

2° L'enfant né en Belgique de parents légalement inconnus.

I. — *Des enfants nés de parents légalement connus.*

Art. 10, al. 1^{er}.

14. Dans l'ancien droit, deux principes servaient également à fixer la nationalité d'origine :

a. Le principe de territorialité, *jus soli*, qui attribuait la nationalité à raison du fait de la naissance sur le territoire, de parents y domiciliés.

b. Le principe de filiation, *jus sanguinis*, qui attribuait la nationalité à raison du fait de la nationalité des parents, quel que fût le lieu de naissance de l'enfant.

Étaient donc français de naissance :

D'abord, l'enfant né en France, même de parents étrangers, si ceux-ci y étaient domiciliés. P. 1889, I, 184.

Ensuite, l'enfant né de français, même en pays étranger.

15. Les auteurs du Code ont rejeté le principe de territorialité. Ils l'ont rejeté parce qu'il était d'origine féodale et qu'il paraissait accorder trop de faveur au hasard de la naissance.

Le seul principe du Code sur la nationalité d'origine, c'est le *jus sanguinis*. Tout enfant né d'un belge est belge, tout enfant né d'un étranger est étranger.

C'est l'art. 10, al. 1^{er}, qui consacre la règle de détermination de la nationalité par la race, mais sa formule n'est pas assez large. Il faut recourir à l'argument par a fortiori pour en conclure que l'enfant né en Belgique d'un belge est belge.

16. Comment appliquer le principe du Code à l'égard de

l'enfant dont l'un des parents est belge et l'autre étranger? (1)

D'abord, il paraît impossible d'admettre que cet individu ait deux nationalités *au regard de la loi belge*. On comprend sans doute qu'une personne ait deux patries aux yeux de deux législations différentes; mais on ne peut concevoir que la même législation lui reconnaisse deux nationalités différentes, sans l'astreindre jamais à opter entre elles.

Etant posé que cet enfant ne peut avoir qu'une patrie, aux yeux de la loi belge, il faut décider que sa nationalité est déterminée par celle de son père. P. 1880, I, 100.

Cette règle que la qualité du père prime celle de la mère s'induit des principes du Code sur l'organisation de la famille. C'est le père qui est le chef de la famille, qui exerce la puissance paternelle, et qui transmet son nom à l'enfant. Art. 149, 213, 321 et 373.

Cette règle est vraie non seulement quant aux père et mère légitimes, mais aussi quant aux père et mère naturels lorsque ceux-ci sont légalement connus. Sous le Code, à la différence du droit romain, le père a la prépondérance dans la famille naturelle, comme dans la famille légitime. Arg. des art. 158 et 383. D. 1891, II, 89.

Il va sans difficulté que l'enfant naturel dont la filiation maternelle seule est établie, suit la nationalité de sa mère.

17. Dans les différents cas qui viennent d'être examinés, quelle époque devra-t-on considérer pour déterminer la nationalité de l'enfant, l'époque de la conception ou celle de la naissance, si dans l'intervalle de l'une à l'autre, le père ou la mère dont l'enfant doit suivre la condition a changé de nationalité?

L'art. 10, al. 1^{er}, ne résout pas cette question. Il pose uniquement le principe de la nationalité par la filiation; il

(1) Cette question peut se présenter à l'égard de l'enfant légitime comme à l'égard de l'enfant naturel. On verra plus loin que le Code n'impose point l'unité de nationalité aux époux pendant le mariage.

ne s'occupe pas de l'époque où la filiation doit être appréciée. Le mot *né* y est employé comme synonyme d'*issu*.

La solution doit être cherchée dans la combinaison de deux principes. Le premier est que l'enfant qui n'a pas d'existence extérieure n'est pas une personne. Le second, qui modifie le premier, est que l'enfant simplement conçu a déjà l'existence civile, *quoties de ejus commodis agitur*.

Or, d'un côté, aux yeux de la loi belge, l'acquisition de la qualité de belge constitue manifestement un avantage pour l'enfant. Arg. des art. 8 et 11. D'un autre côté, la nationalité d'origine se détermine d'après les dispositions de la loi seule, et non d'après la volonté de l'homme. Il ne s'agit pas de savoir si, *de fait*, l'enfant a intérêt à être belge, mais quel est son intérêt aux yeux de la loi qui seule confère la nationalité.

La solution est donc qu'on doit avoir égard à l'époque de la conception, de préférence à celle de la naissance, lorsque la nationalité du père ou de la mère, à la première de ces époques, a pour conséquence de faire attribuer à l'enfant la qualité de belge. P. 1887, I, 180; D. 1888, 2, 9.

II. — *Des enfants nés en Belgique de parents légalement inconnus.*

Loi du 15 août 1881.

18. La loi du 15 août 1881 les déclare belges de naissance. Il est, en effet, très probable que ce sont des belges qui leur ont donné le jour.

Cette loi s'applique :

1^o Aux enfants naturels non reconnus nés en Belgique. La mère de l'enfant naturel doit être désignée dans l'acte de naissance ; mais cette désignation n'établit pas la filiation naturelle ; cette filiation n'est connue que par la reconnaissance volontaire ou forcée, selon les art. 334 et suiv. P. 1884, I, 193; 1889, I, 288.

2^o Aux enfants trouvés en Belgique. Jusqu'à preuve contraire, ils doivent être considérés comme nés sur le sol belge.

La loi du 15 août 1881 est une loi *interprétative*. Elle a donc un effet rétroactif pour toute la filiation.

§ 2°. — DES PERSONNES QUI NE DEVIENNENT BELGES QU'APRÈS
LEUR NAISSANCE.

19. Les principales hypothèses dans lesquelles on devient belge en vertu d'un fait postérieur à la naissance sont prévues par les art. 9, 10, al. 2, et 12 du Code et par la loi du 6 août 1881 sur la naturalisation.

Le terme naturalisation a deux sens : dans un sens large, conforme à l'étymologie, il s'entend de tout mode d'acquisition de la nationalité, postérieurement à la naissance ; dans un sens restreint, il désigne uniquement un certain mode d'acquisition de la nationalité, qui consiste en définitive dans une véritable convention entre l'intéressé et la nation belge.

20. La nationalité est une qualité essentiellement personnelle. L'unité de la famille n'entraîne pas l'unité de nationalité pour le mari et la femme durant tout le mariage, ni pour le père et ses enfants mineurs.

21. L'acquisition de la nationalité n'a pas d'effet rétroactif. On ne peut s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions et les formalités imposées par la loi, et seulement pour l'exercice des droits ouverts depuis cette époque. Art. 2. P. 1874, II, 216.

Ce principe est consacré par l'art 20 dans un cas particulier de changement de nationalité où le législateur a craint qu'un doute pût se produire.

I. — *De l'étrangère qui devient belge de plein droit.*

Art. 12.

22. La femme qui épouse un belge devient belge par le fait même de son mariage, sans condition, ni formalité d'aucune sorte. Art. 12.

Cette attribution de la nationalité s'opère nonobstant

toute protestation contraire de la future épouse, et malgré son état de minorité.

L'art. 12 naturalise l'étrangère qui épouse un belge. Il ne naturalise point l'étrangère dont le mari devient belge après la célébration du mariage.

L'art. 12 signifie uniquement que l'étrangère qui épouse un belge devient belge comme son mari; il ne veut pas dire que tout changement de nationalité qui s'opère dans la personne du mari réagit sur la personne de la femme.

23. Dès que la nationalité belge est acquise à la femme par le fait du mariage, cette qualité lui appartient en propre et pour toujours; elle ne dépend dans aucun cas de la volonté du mari et elle subsiste même après la dissolution du mariage; elle ne peut se perdre que suivant les modes ordinaires de perte de la qualité de belge. P. 1887, I, 244.

II. — *Des étrangers qui peuvent devenir belges par suite d'une déclaration formelle et sous certaines conditions.*

24. Ce sont : A. L'enfant né en Belgique d'un étranger; B. L'enfant né d'un ci-devant belge; C. L'enfant né antérieurement à la naturalisation de son père.

Ces individus sont étrangers en vertu du *jus sanguinis*. Ils ne peuvent donc avoir part, avant leur option, aux avantages qui sont accordés aux belges; notamment, ils ne peuvent entrer dans les emplois publics, ni obtenir les moyens d'encouragement déterminés par le titre II de la loi sur la collation des grades académiques.

A. — *De l'enfant né en Belgique d'un étranger.*

Art. 9. et loi du 16 juillet 1889.

25. Le plus souvent l'enfant qui est né en Belgique d'un étranger a grandi sur notre sol, et s'est imprégné de nos idées et de nos mœurs; de là, la faveur que la loi lui accorde de devenir belge. Mais il est possible ainsi que cet enfant

n'ait point d'attachement véritable pour la Belgique ; de là, la déclaration et l'établissement auxquels la loi subordonne le bénéfice qu'elle lui attribue. Art. 9.

Le bénéfice de l'art. 9 est attaché au seul fait de la naissance de l'enfant sur le sol belge ; il n'est pas nécessaire que ses parents y aient été domiciliés, au jour de sa naissance. Mais le fait même de la naissance sur le sol belge est indispensable ; l'art. 9 ne peut être invoqué par l'enfant qui est né accidentellement à l'étranger de parents domiciliés en Belgique. P. 1881, I, 146.

26. Les conditions auxquelles le bénéfice de l'art. 9 est subordonné sont :

1° La déclaration par l'enfant, dans le délai légal, de sa volonté de devenir belge et de fixer son domicile en Belgique.

La déclaration doit exprimer ces deux éléments essentiels : a. la volonté de devenir belge ; b. la volonté de prendre domicile en Belgique. Le second élément est aussi nécessaire que le premier ; on ne pourrait le suppléer par des faits qui auraient démontré l'intention de l'intéressé de s'établir en Belgique. P. 1872, I, 65.

Le Code ne détermine pas l'autorité administrative devant laquelle la déclaration doit être faite, ni la forme de l'acte qui doit en être dressé. Il faut décider, par analogie des règles du titre II, sur l'état civil, qu'elle doit être faite selon les règles des art. 34 et suiv. devant les autorités communales, en Belgique, ou devant nos agents diplomatiques ou consulaires, à l'étranger. P. 1882, I, 179 ; 1887, I, 10.

2° L'établissement effectif par le déclarant de son domicile en Belgique, dans l'année à compter de sa déclaration.

27. D'après l'art. 9, la déclaration d'option de nationalité ne pouvait être faite que *dans* l'année de la majorité. L'art. 1^{er} de la loi du 16 juillet 1889 a apporté une grave dérogation aux principes du Code en disposant que cette déclaration peut être faite dès l'âge de 18 ans accomplis. Les auteurs de la loi de 1889 ont voulu fournir au gouvernement une base de négociations avec la France, au sujet de l'application des

lois de milice aux individus qui sont nés en Belgique ou en France de parents étrangers.

L'individu qui n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, n'est pas capable de faire seul l'option de nationalité ; il doit être habilité par le consentement de certaines personnes.

A-t-il des parents immédiats, il doit absolument, *quel que soit son statut personnel*, se pourvoir du consentement de son père ou du consentement de sa mère, si son père est mort ou dans l'impossibilité physique ou légale de manifester sa volonté. On examinera au titre du mariage sous les art. 149 et suiv., comment le décès et l'impossibilité de manifester sa volonté doivent être prouvés.

N'a-t-il plus ni père ni mère ou ceux-ci sont-ils dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il doit se pourvoir de l'autorisation des personnes (autres ascendants par exemple) ou du collège (conseil de famille, par exemple) dont il aurait à obtenir l'assentiment, *d'après son statut personnel*, s'il s'agissait de contracter mariage.

Le consentement octroyé au déclarant doit être donné par acte authentique.

Quant aux père et mère ou autres ascendants, leur consentement peut se manifester dans un acte spécial, dressé *ad hoc*, ou bien dans l'acte même qui est dressé pour constater l'option.

Quant au conseil de famille, il ne peut évidemment se rendre ni surtout délibérer devant l'officier de l'état civil qui reçoit la déclaration. Pour lui, il n'y a qu'une seule forme possible, c'est la délibération par acte authentique, sous la présidence du juge de paix.

28. De quelle majorité est-il parlé à l'art. 9 ? S'agit-il de la majorité déterminée par la loi du pays auquel appartient le déclarant ou s'agit-il de la majorité déterminée par la loi belge, c'est-à-dire par l'art. 488 du Code ?

La difficulté vient d'un principe de droit international : l'état et la capacité des étrangers sont réglés en Belgique par les lois de la nation à laquelle ils appartiennent. Arg. de l'art. 3, al. 3. Or, l'individu dont il est question est étranger

d'origine. Il semble dès lors que sa majorité doit être déterminée par la loi du pays qui est encore le sien.

La raison de décider est que ce principe de droit international n'est pas absolu; il s'efface toutes les fois que l'application des lois personnelles étrangères serait de nature à compromettre un intérêt national belge. Or, il y a un intérêt national à ce que le droit de réclamer la qualité de belge ne soit point organisé sur une base variable et ne soit point subordonné à l'arbitraire des souverainetés étrangères. La majorité visée par l'art. 9 ne peut donc être que celle qui est déterminée par l'art. 488 du Code. P. 1878, I, 93; D. 1889, I, 281.

29. L'individu qui a rempli les prescriptions de l'art. 9 n'est-il investi de la qualité de belge que pour l'avenir, ou bien doit-il être considéré comme belge du jour de sa naissance?

Cette question peut présenter de l'intérêt dans certains cas, par exemple quant à la nationalité des enfants déjà nés du déclarant.

Il nous paraît que l'art. 9 n'apporte aucune exception au principe que les changements de nationalité n'opèrent que pour l'avenir et non dans le passé. Ce texte ne dit pas du tout que l'enfant né en Belgique acquiert *conditionnellement* la qualité de belge par le fait de sa naissance; il décide simplement que cet enfant peut acquérir la qualité de belge dans l'année de sa majorité.

Toute la portée du terme *réclamer* de cet article est de signifier que l'enfant ne sollicite aucune faveur de l'autorité administrative en faisant sa déclaration d'option; il exerce un bénéfice légal que cette autorité ne peut paralyser par un refus quelconque. P. 1872, I, 65; D. 1886, I, 369.

30. L'art. 8 de la loi fondamentale du 24 août 1815 qui est restée en vigueur jusqu'au 25 février 1831 conférait l'indigénat de plein droit, sans formalité aucune, à tous ceux qui étaient nés sur le sol des Pays-Bas — donc, pour nous sur le sol de la Belgique — de parents étrangers qui y étaient domiciliés. Par la généralité de ses termes, cette disposition

s'appliquait à tous ceux qui étaient nés sur le territoire sans distinction aucune de l'époque de leur naissance, ni de l'origine de leurs parents, et sans exiger que les parents eussent été autorisés par le roi à établir leur domicile dans le royaume. P. 1882, I, 151 ; 1887, I, 264.

Sous l'empire de la loi fondamentale, l'art. 9 du Code ne recevait donc plus d'application qu'aux enfants nés en Belgique de parents étrangers qui n'y avaient point leur domicile.

31. Très peu de personnes profitent du bénéfice de l'art. 9. La plupart des intéressés omettent, par oubli ou par ignorance, de faire en temps utile la déclaration d'option de nationalité. Deux fois déjà, le législateur est venu à leur secours en leur accordant un nouveau délai pour faire ou pour renouveler régulièrement la déclaration. Tel a été l'objet de l'art. 1^{er} de la loi du 1^{er} avril 1879 et de la disposition finale de la loi du 6 août 1881. Voyez encore l'art. 2, § 5, de la même loi du 6 août 1881.

B. — *De l'enfant issu d'un ci-devant belge.*

Art. 10, al. 2.

32. L'individu qui est issu d'un ci-devant belge est étranger d'origine. Mais il est probable que dans l'éducation qu'il a reçue, il est resté quelque chose de l'esprit et des mœurs belges; de là, la faveur que la loi lui accorde de devenir belge. L'expression *recouvrer* de notre texte est impropre, c'est acquérir qu'il aurait fallu dire. L'enfant ne recouvre pas une qualité qu'il a perdue autrefois, il acquiert une qualité qu'il n'a jamais possédée.

Le bénéfice de l'art. 10, al. 2, est attaché à l'origine de l'enfant, sans condition aucune quant au lieu de la naissance. La loi ne considère que l'ancienne qualité de l'auteur de l'enfant. Les mots *né en pays étranger* sont aussi inutiles au second alinéa de l'article qu'au premier. Il s'entend a fortiori que l'enfant né en Belgique d'un ci-devant belge peut acquérir la qualité de belge.

Dès que la personne dont l'enfant suit la condition a eu autrefois la qualité de belge, l'art. 10, al. 2, est applicable, sans qu'il y ait à considérer le sexe de cette personne. Le mot *français* est un terme générique qui désigne aussi bien la femme que l'homme. L'enfant naturel dont la mère seule est légalement connue, peut donc invoquer cette disposition, si sa mère a eu autrefois la qualité de belge.

Le bénéfice de l'art. 10, al. 2, est borné aux enfants du premier degré; il ne peut être invoqué par les descendants des degrés ultérieurs. Ces petits-enfants sont nés d'un étranger qui n'a jamais été belge.

33. La disposition de l'art. 10, al. 2, peut-elle être invoquée par l'individu dont la mère a été belge autrefois, mais dont le père ne l'a jamais été?

Cette question présente un grand intérêt surtout pour les enfants nés d'une femme qui a perdu la qualité de belge par son mariage avec un étranger.

Il faut répondre négativement. En effet, la faveur de l'art. 10, al. 2, est attachée à l'origine de l'enfant. Or, il est de principe traditionnel que toute qualité ou aptitude attachée à la filiation se détermine exclusivement par la filiation paternelle lorsque cette filiation est légalement connue. L'individu en question n'est donc pas né d'un ci-devant belge; il est né d'un étranger qui n'avait jamais été belge; et par conséquent l'art. 10, al. 2, ne lui est pas applicable.

Nous avons admis que la condition de la mère ne détermine point la nationalité d'origine de l'enfant, lorsque le père est légalement connu; de même, nous devons admettre que l'ancienne condition de la mère ne peut déterminer l'aptitude de l'enfant à acquérir la nationalité, lorsque la filiation paternelle est légalement établie. Art. 10, al. 1^{er} et 2, *cbn*.

Supposons que la loi belge eût conservé à la mère la qualité de belge, l'enfant n'en aurait pas moins été étranger. P. 1874, I, 130; D. 1890, II, 57.

34. Les conditions auxquelles le bénéfice de l'art. 10, al. 2, est subordonné sont celles qui sont prescrites par l'art. 9 modifié par la loi du 16 juillet 1889, avec cette seule diffé-

rence que la déclaration d'option peut être faite à toute époque, dès l'âge de 18 ans accomplis. Arg. du mot *toujours* de l'art. 10 opposé à l'expression *dans l'année de sa majorité* de l'art. 9.

C. — *De l'enfant né antérieurement à la naturalisation de son père.*

Art. 4 de la loi du 6 août 1881.

35. La naturalisation, au sens spécial du mot, s'opère par une convention entre l'intéressé et la nation belge. La matière des conditions et des formes de la naturalisation rentre dans le cours de droit public. Elle est régie par l'art. 5 de la Constitution et par la loi du 6 août 1881.

Il y a deux espèces de naturalisation: la naturalisation ordinaire et la grande naturalisation.

L'effet commun des deux espèces de naturalisation est d'enlever à l'intéressé la qualité d'étranger pour lui conférer la qualité de belge. Il est vrai que la naturalisation ordinaire ne confère pas la plénitude des droits politiques. Mais il faut remarquer d'abord que l'art. 4 de la Constitution montre qu'on peut être belge sans avoir l'exercice de tous les droits politiques, et ensuite que l'art. 1^{er} de la loi de 1881 pose nettement le principe de l'assimilation de l'étranger naturalisé au belge même au point de vue des droits politiques.

L'intérêt pratique de cette question se présente au sujet de la condition des enfants issus d'un individu postérieurement à sa naturalisation ordinaire. Ces enfants seront des belges de naissance, puisqu'ils seront nés d'un belge. Belges de naissance, ils ne seront pas soumis en matière politique aux restrictions attachées à la naturalisation ordinaire. Leur condition sera donc meilleure que celle de leur père. P. 1876, I, 205.

L'effet de la naturalisation est individuel, comme celui de tout autre mode d'acquérir l'indigénat. Il se restreint à la personne même de l'étranger naturalisé. La femme du naturalisé demeure étrangère. La loi de 1881 ne contient aucune disposition de faveur à son égard. Elle ne peut devenir belge qu'en se faisant elle-même naturaliser.

36. En principe, les enfants nés antérieurement à la naturalisation de leur père demeurent aussi étrangers. Toutefois, l'art. 4. de la loi de 1881 leur permet d'obtenir le même avantage que leur auteur, sans qu'ils doivent se faire individuellement naturaliser selon les règles ordinaires.

Il faut distinguer entre les enfants qui étaient mineurs et ceux qui étaient majeurs au jour de la naturalisation de leur père.

1° Les enfants qui étaient encore mineurs à ce jour peuvent obtenir la même naturalisation que leur auteur, moyennant une simple déclaration de volonté faite dans les quatre années à dater de l'âge de 18 ans accomplis, devant l'autorité communale du lieu de leur domicile ou de leur résidence.

D'après l'art. 4 de la loi de 1881, la déclaration d'option pour la nationalité belge ne pouvait être faite que dans l'année de la majorité de 21 ans. L'art. 2 de la loi du 16 juillet 1889 a modifié le système de cet art. 4 de la même manière que l'art. 1^{er} de la même loi de 1889 a modifié le système des art. 9 et 10, al. 2, du Code.

2° Les enfants qui étaient majeurs au jour de la naturalisation de leur père, peuvent obtenir du *pouvoir législatif* la même naturalisation que leur auteur, sans qu'ils doivent réunir aucune des conditions *ordinaires* de la naturalisation. Art. 4 de la loi de 1881.

SECTION 2^e. — De la perte de la qualité de belge.

37. La nationalité est une qualité constitutive de l'état de la personne. Aucun belge ne peut perdre sa nationalité par le fait d'une volonté étrangère. Il n'y a pas de loi qui attribue au chef de la famille le pouvoir de disposer de la nationalité de sa femme et de ses enfants.

Les causes de déchéance de la nationalité sont déterminées limitativement par le Code.

La loi du 21 juin 1865 a abrogé les dispositions des art. 17, 2^e, et 21. On a supprimé l'art. 21 afin d'éviter au gouvernement les embarras diplomatiques auxquels l'exposaient

les demandes d'autorisation de ceux qui voulaient s'enrôler dans une armée étrangère. Du moment qu'on abrogeait l'art. 21, il fallait aussi effacer le 2° de l'article 17, car le fait d'exercer des fonctions publiques à l'étranger est évidemment moins grave que celui d'y prendre du service militaire.

Il n'y a plus aujourd'hui que trois causes de déchéance de la nationalité. Ce sont: A. Le mariage d'une belge avec un étranger; B. L'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère; C. L'établissement en pays étranger sans esprit de retour.

§ 1^{er}. — DE LA FEMME QUI ÉPOUSE UN ÉTRANGER.

Art 19.

38. La raison de l'art. 19 est que cette femme se met volontairement dans une position qui ne lui laisse pas la liberté de remplir utilement les devoirs dont elle est tenue envers son pays.

L'art. 19 est général; il s'applique même à la femme mineure. Et assurément le législateur savait bien que les femmes se marient le plus souvent en état de minorité!

Les termes de l'art. 19 *suivra la condition de son mari* ne signifient pas que la femme acquerra la nationalité de son mari, mais seulement qu'elle deviendra étrangère comme son mari.

§ 2°. — DU BELGE QUI ACQUIERT VOLONTAIREMENT UNE NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE.

Art. 17, 1°.

39. La raison de l'art. 17, 1°, est que personne ne peut appartenir simultanément à deux patries, défendre leurs intérêts et se soumettre aux obligations qu'elles imposent.

Le terme *naturalisation* s'entend à l'art. 17, 1°, dans son sens général; il désigne toute acquisition d'une nationalité étrangère, quelque soit le mode de cette acquisition. P. 1883, I, 73.

Cette cause de déchéance n'existe que par la réunion de trois éléments:

1° Il faut qu'il s'agisse d'une naturalisation véritable, c'est-à-dire que le belge ait vraiment acquis une nationalité étrangère. Ainsi la seule autorisation obtenue par un belge de jouir des droits civils en France ne lui fait pas perdre la qualité de belge. D. 1888, II, 81.

2° Il faut que la naturalisation constitue un fait accompli. Arg. du mot *acquise*. Ainsi la simple demande de naturalisation en pays étranger n'entraîne pas à elle seule déchéance de la qualité de belge.

3° Il faut que la naturalisation ait été acquise volontairement. Cette condition n'est pas écrite expressément dans l'article, mais elle résulte de la nature même de la disposition légale; la déchéance est une peine, et la peine ne peut frapper un innocent.

§ 3°. — DU BELGE QUI S'ÉTABLIT EN PAYS ÉTRANGER SANS
ESPRIT DE RETOUR.

Art. 17, 3°.

40. La raison de l'art. 17, 3°, est que ce belge se soustrait à toutes les charges qu'impose la législation nationale.

D'après le droit commun en matière de preuve, c'est à celui qui conteste la qualité de belge à son adversaire, en invoquant l'application de notre art. 17, 3°, qu'il incombe de prouver que l'établissement a été fait sans esprit de retour. Art. 1315.

La perte de l'esprit de retour n'est jamais présumée par la loi.

La perte de l'esprit de retour ne peut jamais s'induire d'un établissement de commerce à l'étranger. L'établissement de commerce en lui-même, comme aussi tout ce qui a pu être fait en vue de cet établissement, doit être mis hors de question lorsqu'il s'agit de juger si le belge a ou non conservé l'esprit de retour. Art. 17, al. 2.

Ce n'est pas à dire que le belge qui a fondé un établissement commercial à l'étranger ne puisse dans aucun cas être déclaré déchu de sa nationalité comme ayant perdu l'esprit de retour en Belgique. L'art. 17, 3°, ne distingue pas entre

les commerçants et les non-commerçants; la preuve de la perte de l'esprit de retour peut donc être faite contre un commerçant. Tout ce qu'il y a de particulier aux commerçants, c'est que l'art. 17, al. 2, défend au juge de rechercher la preuve de la perte de leur esprit de retour dans les faits relatifs à leur établissement commercial; ils ne peuvent être déclarés déchus de la qualité de belge que si leur volonté de ne plus revenir en Belgique s'est manifestée par d'autres circonstances.

41. On ne saurait argumenter de l'art. 17, 3°, pour soutenir que l'établissement fait par un étranger en Belgique sans esprit de retour dans sa patrie lui fait acquérir la qualité de belge. La plus longue résidence en Belgique ne peut jamais, à elle seule, faire acquérir la qualité de belge. P. 1881, I, 221.

SECTION 3°. — Du recouvrement de la qualité de belge.

42. Le système du Code est de faciliter le recouvrement de la nationalité. A tout péché miséricorde!

Le recouvrement de la qualité de belge n'opère que pour l'avenir et non dans le passé. Art. 20. Les effets de la réintégration se restreignent à la personne de l'ex-belge; ils ne se communiquent ni à sa femme, ni à ses enfants, fussent-ils encore mineurs.

Il faut distinguer, quant aux conditions de la réintégration, entre l'individu qui a acquis volontairement une nationalité étrangère ou qui s'est établi à l'étranger sans esprit de retour, et la femme qui est devenue étrangère par son mariage.

§ 1^{er}. — DU CI-DEVANT BELGE QUI S'EST FAIT NATURALISER A L'ÉTRANGER, OU QUI S'EST ÉTABLI A L'ÉTRANGER SANS ESPRIT DE RETOUR.

Art. 18.

43. Cet individu peut *toujours* redevenir belge, mais sous deux conditions:

1° Il faut qu'il obtienne du Roi l'autorisation de rentrer

en Belgique. C'est là une mesure de sauvegarde et de police.

2° Il faut qu'il rentre en Belgique, en déclarant qu'il veut s'y fixer et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi belge (1).

Le Code ne détermine pas l'autorité administrative à laquelle la déclaration doit être faite. Il y a donc lieu d'appliquer ici la décision donnée précédemment dans un cas analogue.

§ 2°. — DE LA FEMME QUI EST DEVENUE ÉTRANGÈRE PAR SON MARIAGE.

Art. 19, al. 2.

44. Cette femme peut redevenir belge *après la dissolution de son mariage*. Le mot *veuve* n'est employé au second alinéa de l'art. 19 que pour viser le *quod plerumque fit*.

Il faut distinguer deux hypothèses :

1° Cette femme réside en Belgique au jour de la dissolution de son mariage.

En ce cas, elle redevient belge de plein droit sans condition aucune. P. 1876, I, 220.

2° Elle réside à l'étranger au jour de la dissolution de son mariage.

En ce cas, elle ne peut redevenir belge que sous les deux conditions fixées par l'art. 19, al. 2, in fine.

SECTION 4°. — De la preuve de la qualité de belge.

45. La preuve de la nationalité n'offre le plus souvent aucune difficulté pour ceux qui ont acquis la nationalité postérieurement à leur naissance. Il existe en pareil cas un fait matériel dont l'existence est facile à vérifier.

Il n'en est pas de même pour ceux qui ne peuvent établir

(1) Cette renonciation qui avait été imposée à raison de l'abolition des titres de noblesse, n'a plus de raison d'être en Belgique où la noblesse a été rétablie. Art. 75 Constit.

leur qualité de belge qu'en invoquant la qualité de belge de leur père. Art. 10. Si on nie la nationalité de leur père, il semble, d'après la rigueur des principes, qu'ils doivent remonter à leur grand-père, puis à leur bisaïeul, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'ils trouvent un ancêtre dont la qualité est incontestable, c'est-à-dire un ancêtre qui a été belge en vertu du principe de territorialité suivi autrefois ou en vertu d'un fait attributif de la nationalité postérieurement à la naissance.

Une pareille preuve étant à peu près impossible, il n'est pas à croire que l'intention des auteurs du Code ait été de l'exiger. L'analogie que présente cette hypothèse avec celle des art. 197, 320 et 321 autorise à admettre la preuve de la nationalité par la possession d'état. La possession d'état, si importante en matière de preuve de la filiation, doit, en notre matière, suffire à prouver la nationalité.

Dans ce système, il suffit que l'individu qui réclame la qualité de belge de naissance, prouve que son auteur immédiat a constamment joui de cette qualité, c'est-à-dire exercé les droits qu'elle confère et accompli les devoirs qu'elle impose (1).

APPENDICE AU CHAPITRE Ier.

46. C'est un principe de droit international que quand deux nations autrefois réunies, comme la Belgique et la Hollande, et antérieurement la Belgique et la France, sont séparées à la suite d'une révolution, d'une guerre ou d'un traité, ces deux nations sont censées avoir été séparées de tout temps. D. 1890, I, 322.

(1) L'art. 7 de la loi électorale du 22 août 1883 dispose que toute personne dont l'inscription sur les listes électorales est demandée sera *présumée* belge si elle est née en Belgique d'un père né lui-même en Belgique.

CHAPITRE 2^r. — DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

SECTION 1^e. — De la condition des belges.

Art. 8.

47. Tout belge sans distinction d'âge ni de sexe jouit des droits civils.

SECTION 2^e. — De la condition des étrangers.

Art. 11 et 13.

48. Il faut distinguer trois catégories d'étrangers:

1^o Les étrangers ordinaires; 2^o Les étrangers protégés par un traité conclu entre leur nation et la Belgique. Art. 11; 3^o Les étrangers domiciliés en Belgique en vertu d'une autorisation du Roi. Art. 13.

§ 1^{er}. — DES ÉTRANGERS ORDINAIRES.

49. Le système du Code est celui-ci:

Les étrangers ne sont admis que par exception et sous certaines conditions fixées par les art. 11 et 13 à la jouissance des droits civils. En général, si ces conditions viennent à manquer, ils en sont exclus.

Mais les étrangers ne sont exclus que des droits *purement civils*. Ils continuent d'être admis à la jouissance des droits civils qui dérivent du *droit naturel ou des gens*.

50. *Les étrangers ne jouissent pas des droits civils.*

Cette première branche du principe n'est consacrée expressément par aucun texte. Elle est consacrée virtuellement:

1^o Par les art. 8, 11 et 13. L'art 8 donne à entendre que tout étranger ne jouit pas des droits civils, et les art. 11 et 13 montrent qu'il n'y a que certains étrangers qui en jouissent. Ces trois textes deviennent inintelligibles si l'on admet en principe que tout étranger jouit des droits civils.

2^o Par la rubrique des art. 17 et suiv. Cette rubrique dit qu'on est privé des droits civils quand on a perdu la

qualité de belge. Or celui qui a perdu la qualité de belge est étranger. C'est donc que les étrangers n'ont pas la jouissance des droits civils.

51. *Les étrangers ne sont exclus que des droits purement civils; ils jouissent des droits civils qui dérivent du droit naturel ou des gens.*

Dans le dernier état de l'ancien droit français, tel que Pothier et Domat l'exposent, on distinguait, à l'égard des étrangers, les droits civils en deux catégories : les droits purement civils d'une part, et les droits naturels d'autre part. Les droits purement civils, c'étaient les droits civils dérivant uniquement de la loi positive et ainsi tout à fait propres à la législation nationale; les étrangers n'en jouissaient pas. Les droits naturels, c'étaient les droits civils découlant de la loi naturelle et ainsi communément reconnus par les législations des divers peuples civilisés; les étrangers étaient admis à en jouir.

C'est cette ancienne distinction que le titre 1^{er} du Code a voulu reproduire en employant les termes *droits civils* dans le sens restreint qu'on leur donnait autrefois. Ce sont les droits purement civils que les art. 8, 11 et 13 accordent à tous les belges et refusent aux étrangers. Quant aux droits naturels, le système du titre 1^{er} a été de les laisser à tous les étrangers indistinctement, comme dans l'ancien droit français. P. 1857, II, 149.

Cette interprétation se justifie ainsi :

1^o Il n'est pas admissible que le Code ait voulu poser en règle absolue que l'étranger n'aurait aucun droit civil quelconque, si ce n'est en vertu d'un traité diplomatique ou d'une autorisation royale. La mesure de défiance que l'art. 16 prend à l'égard des étrangers suppose elle-même qu'ils jouissent de certains droits civils !

2^o Le Code est avant tout une œuvre traditionnelle. En général, il ne consacre pas de théories nouvelles; il ne fait que formuler les principes qu'on suivait dans l'ancienne jurisprudence. La formule des art. 8, 11 et 13 doit être interprétée par l'ancien droit où elle a ses racines.

3° L'exposé général du système du Code civil fait par Portalis au corps législatif et le premier exposé des motifs du titre 1^{er} ont rappelé de la manière la plus positive l'ancienne distinction entre les droits civils et les droits naturels. " Il est pourtant des droits, a dit Portalis, qui ne sont point interdits aux étrangers : ces droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au droit des gens qu'au droit civil. "

52. Le champ d'application de notre principe n'est pas bien vaste. C'est que :

D'une part, l'état et la capacité de l'étranger restent régis en Belgique par les lois de la nation à laquelle il appartient. Art. 3, al. 3. P. 1888, I, 186. En principe, l'étranger ne peut se prévaloir d'un bénéfice quelconque résultant du statut personnel belge. Ainsi la femme étrangère qui n'a pas d'après sa loi nationale, le droit d'attaquer les engagements qu'elle a contractés sans l'autorisation maritale ne peut pas invoquer à cet égard les dispositions de notre loi belge.

D'autre part, il existe aujourd'hui nombre de lois spéciales qui disposent expressément que tel ou tel droit civil appartiendra même aux étrangers. L'esprit de la législation actuelle est d'assimiler l'étranger au national ; bientôt il ne restera plus un seul droit purement civil. Il faut citer particulièrement la loi du 27 avril 1865, abolitive des art. 726 et 912 du Code, qui accorde aux étrangers le droit de succéder, de disposer, de recevoir à titre gratuit, comme les belges, et l'art. 2 *additionnel* de la loi hypothécaire qui accorde l'hypothèque légale au mineur étranger et à la femme étrangère sur les immeubles que son tuteur ou son mari possède en Belgique. La loi du 1^{er} avril 1879, sur les marques de fabrique, et celle du 22 mars 1886, sur le droit d'auteur, accordent aussi les mêmes droits aux étrangers qu'aux belges.

53. On ne peut plus guère citer aujourd'hui comme droits purement civils auxquels l'étranger ne peut prétendre, que les droits suivants :

Le droit d'exiger la *cautio judicatum solvi*. Art. 16.

Le droit d'adopter et d'être adopté. Art. 343.

Le droit d'usufruit légal des parents sur les biens de leurs enfants mineurs. Art. 384.

§ 2°. — DES ÉTRANGERS PROTÉGÉS PAR UN TRAITÉ.

Art. 11.

54. L'art. 11 est mal rédigé. Au lieu de dire *par les traités de la nation*, il aurait fallu dire *par les traités conclus avec la nation*.

Cet article établit le principe de la réciprocité diplomatique. On entend par là qu'une simple réciprocité de fait ne suffit pas; la réciprocité doit toujours être basée sur un traité conclu entre la Belgique et la nation de l'intéressé.

Lorsque la concession faite par le traité se restreint à certains droits déterminés, l'étranger rentre dans la condition des étrangers ordinaires pour tous les autres droits civils.

§ 3°. — DES ÉTRANGERS DOMICILIÉS AVEC AUTORISATION DU ROI.

Art. 13.

55. L'art. 13 a pour but principal de faciliter à l'étranger le stage qui a toujours été le préliminaire obligé de la naturalisation.

La jouissance accordée par l'art. 13 est subordonnée à deux conditions :

1° L'autorisation royale pour l'étranger de fixer son domicile en Belgique. J. T. 1888, p. 952.

2° La résidence effective de l'étranger en Belgique.

Ces deux conditions sont exigées cumulativement; l'accomplissement de la première ne saurait suppléer à l'absence de l'autre. Leur maintien simultané est nécessaire pour que l'étranger conserve la jouissance des droits civils.

L'autorisation royale est révocable, car c'est une faveur, et toute faveur est révocable de sa nature.

L'autorisation est personnelle, car telle est la règle en matière d'autorisations. Elle ne profite donc pas aux membres de la famille de l'étranger.

56. L'individu qui réunit les deux conditions fixées par l'art. 13, ne cesse pas d'être étranger; il reste donc régi par les lois de son pays, en ce qui concerne son état et sa capa-

cité. Mais il acquiert la plénitude des droits civils; il peut donc exiger la *cautio judicatum solvi* s'il est assigné en justice par un étranger ordinaire, et il ne peut plus être tenu de fournir cette caution lorsqu'il est demandeur en justice contre un belge. P. 1890, II, 402.

SECTION 3^e. — De la privation des droits civils en vertu de condamnations judiciaires.

57. D'après le Code civil combiné avec l'ancien Code pénal, les condamnations aux peines perpétuelles entraînaient la mort civile. Le condamné était regardé comme mort aux yeux de la loi civile. La mort civile a été abolie par l'art 13 de la Constitution. Les art. 22 à 33 du Code civil sont donc abrogés.

La mort civile encourue à l'étranger par le citoyen d'une nation qui aurait conservé cette peine dans sa législation, n'aurait aucun effet en Belgique.

58. Le belge et l'étranger peuvent perdre la jouissance de certains droits civils en vertu de certaines condamnations judiciaires. Art. 31 à 34 et 382 du Code pénal.

Ils peuvent être relevés de cette déchéance par grâce royale. Art. 87 c. pén.

TITRE II.

Des actes de l'état civil (*).

59. Il importe au bon ordre de la société que les différents événements qui déterminent l'état de famille (*status familiae*) des personnes soient établis d'une manière certaine.

On entend par actes de l'état civil les écrits ou procès-verbaux dans lesquels la plupart de ces événements sont

(*) GODDYN. *Le casier civil*. J. T. 1888, p. 1313.

— ROLAND et WOUTERS. *Guide de l'officier de l'état civil*.

consignés, conformément aux prescriptions légales, par un officier public institué à cet effet et désigné sous le nom d'officier de l'état civil. Les registres de l'état civil sont des registres particuliers sur lesquels les actes de l'état civil sont inscrits.

Les faits relatifs au *status familiae* sont la naissance, le mariage, le divorce, la reconnaissance d'un enfant naturel, l'adoption et le décès (1). Le titre II du Code porte des règles générales sur les actes destinés à les constater ; il ne s'occupe pas cependant des actes d'adoption, cette matière est régie par un titre particulier. Il trace, en outre, des règles spéciales sur les actes de naissance, de mariage et de décès. Nous rattacherons la matière des actes de mariage au titre du mariage.

En principe, les faits de l'état civil ne se prouvent régulièrement que par la production d'extraits des registres de l'état civil. Il n'en est autrement que dans les cas prévus par l'art. 46, et aussi pour la reconnaissance d'enfant naturel dont il est question aux art. 334 et suiv. P. 1888, I, 194 ; 1890, I, 122.

60. L'institution des actes de l'état civil est due au clergé catholique.

Dès le moyen âge, les curés tenaient registre, dans les paroisses, des baptêmes, mariages et sépultures. Au 16^e siècle, des ordonnances royales prescrivirent cette pratique et attribuèrent force probante aux actes ainsi dressés.

L'Assemblée constituante proclama la sécularisation des actes de l'état civil. Le Congrès de 1831 l'a consacrée également par l'art. 109 de la Constitution. Ce principe n'est lui-même qu'une conséquence d'un principe plus élevé : celui de la liberté de conscience.

61. Le commentaire du titre sera divisé ainsi :

(1) L'émancipation, l'interdiction et la mise sous conseil judiciaire sont relatives à la capacité plutôt qu'à l'état des personnes.

CHAPITRE 1^{er}. — Des règles générales sur les actes de l'état civil.

SECTION 1^{re}. — Des faits de l'état civil qui se produisent en Belgique.

§ 1^{er}. — Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.

- I. De l'officier.
- II. Des témoins.
- III. Des déclarants.
- IV. Des parties.

§ 2^e. — De la tenue des registres et de la rédaction des actes.

- I. De la tenue des registres.
- II. De la rédaction des actes.
 - A. De la forme des actes.
 - B. Du fond des actes.
- III. Des diverses sanctions des règles précédentes.
 - A. De la sanction pénale.
 - B. Des sanctions civiles.

§ 3^e. — De la rectification des actes et de l'inscription des actes sur les registres après le délai légal.

§ 4^e. — De la publicité des registres.

§ 5^e. — De la force probante des actes inscrits sur les registres et des extraits des registres.

§ 6^e. — Des moyens de suppléer aux registres.

- I. Des cas dans lesquels on peut suppléer aux registres.
- II. Des preuves que le réclamant doit fournir.
- III. De la force probante du jugement intervenu.

SECTION 2^e. — Des faits de l'état civil qui se produisent à l'étranger.

CHAPITRE 2^e. — Des règles spéciales aux actes de naissance et de décès.

SECTION 1^{re}. — Des actes de naissance.

§ 1^{er}. — Des actes de naissance en général.

- I. Du délai de la déclaration de naissance.
- II. Des personnes qui sont tenues de faire la déclaration.

III. De la présentation de l'enfant et des divers objets de la déclaration.

§ 2^r. — De certains actes de naissance.

SECTION 2^r. — Des actes de décès.

§ 1^r. — Des actes de décès en général.

I. Du délai de la déclaration de décès.

II. Des personnes qui ont qualité pour faire la déclaration.

III. De la vérification du décès et des divers objets de la déclaration.

IV. De la communication de l'acte de décès au juge de paix.

§ 2^r. — De certains actes de décès.

CHAPITRE I^{er}. — RÈGLES GÉNÉRALES SUR LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SECTION I^{re}. — Des faits de l'état civil qui se produisent en Belgique.

§ 1^{er}. — DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS LES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

Art. 35 à 39.

62. Dans tout acte de l'état civil, il y a lieu de considérer : 1^o l'officier de l'état civil qui le dresse ; 2^o les témoins en présence desquels l'acte se fait ; 3^o les déclarants ou comparants qui font les déclarations que l'acte doit constater ; 4^o les parties qui sont les personnes dont l'état civil fait l'objet de l'acte.

I. — *De l'officier de l'état civil.*

Art. 93 de la loi communale.

63. En principe, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies dans chaque commune par le bourgmestre. Si le bourgmestre ne désire pas exercer lui-même les fonctions d'officier, le collègue échevinal peut, à sa demande, désigner

un échevin à l'effet de les remplir en son lieu et place. En ce cas, le bourgmestre n'a plus la qualité d'officier de l'état civil, et il ne lui est pas loisible d'agir simultanément avec l'échevin délégué.

Il peut arriver que l'officier de l'état civil se trouve momentanément empêché d'exercer ses fonctions ; il est alors remplacé par le bourgmestre ou par un échevin ou un conseiller, dans l'ordre des nominations respectives. Si l'échevin délégué est empêché, il doit donc être remplacé par le bourgmestre, à moins que celui-ci ne soit lui-même empêché.

Les prescriptions de la loi communale sur l'exercice des fonctions d'officier de l'état civil ne sont observées nulle part. Partout, soit le secrétaire communal, soit des employés de l'administration locale, se sont substitués à l'officier de l'état civil, et, insensiblement, en sont arrivés à concentrer dans leurs mains l'état civil tout entier, à l'exception de la célébration des mariages. C'est devant eux que comparaissent les déclarants et les témoins, ce sont eux qui rédigent et inscrivent les actes. L'officier de l'état civil n'apparaît que lorsque tout est fini et son intervention, purement matérielle, se borne à l'apposition d'une signature qui est encore une formalité, mais qui n'est plus une garantie. (Rapport de la commission de revision du Code civil.)

64. La compétence de l'officier de l'état civil est territoriale à un double point de vue :

D'une part, il ne peut instrumenter que sur le territoire de sa commune, et seulement quant aux faits de l'état civil qui s'y accomplissent.

D'autre part, il a qualité pour dresser acte de tous les faits relatifs à l'état civil qui s'accomplissent dans sa commune, quel que soit le domicile des parties intéressées.

Toutefois, sa compétence n'est pas purement territoriale en ce qui concerne la célébration des mariages et la prononciation des divorces ; elle est alors subordonnée à une condition de domicile des parties intéressées.

L'officier de l'état civil ne peut recevoir aucun acte qui le concerne personnellement ou qui concerne sa femme, ses

père et mère ou ses enfants. Art. 4 de l'arrêté du 8 juin 1823. Cette prohibition est de stricte interprétation ; il faut donc admettre que l'officier est capable de célébrer le mariage de son neveu ou de son beau-frère.

II. — *Des témoins.*

Art. 37.

65. Les actes de l'état civil doivent être reçus en présence de témoins produits par les parties intéressées.

En général, la loi se contente de deux témoins. Art. 56 et 78. Par exception, elle en exige quatre pour les actes de mariage. Art. 75.

Deux conditions sont nécessaires et suffisantes pour être témoin : il faut être mâle et âgé de 21 ans. L'art. 37 admet formellement comme témoins les parents des parties intéressées, et il n'exclut pas les parents de l'officier de l'état civil.

Ce serait ajouter aux conditions fixées par l'art. 37, que d'exiger des témoins la qualité de belge. Le silence de l'art. 37 est surtout remarquable lorsqu'on rapproche cet article de l'art. 980. D'ailleurs, le rôle des témoins aux actes de l'état civil n'est pas d'assister l'officier public, mais de certifier l'identité des comparants et de corroborer l'exactitude de leurs déclarations.

A l'incapacité des femmes et des mineurs, il faut ajouter celle qui frappe certains condamnés, en vertu des art. 31 à 34 du Code pénal.

III. — *Des déclarants ou comparants.*

66. Ce sont les personnes qui *comparaissent* devant l'officier de l'état civil pour lui *déclarer* les faits que l'acte a pour objet de constater.

La loi n'exige aucune condition de capacité des déclarants. Les femmes et les mineurs peuvent donc figurer comme déclarants dans les actes de l'état civil.

Toutefois, il y a un cas où les déclarants sont en même temps témoins. Art. 78. Ils sont alors soumis aux conditions de l'art. 37.

IV. — *Des parties intéressées.*

67. Les parties intéressées ou simplement les parties, sont les personnes dont l'état civil fait directement l'objet de l'acte à rédiger.

En règle générale, les parties ne sont pas obligées de comparaître devant l'officier et quand leur comparution est nécessaire, elles peuvent se faire représenter par un mandataire porteur d'une procuration *spéciale et authentique*. Art. 36.

Il y a des cas où la comparution personnelle des parties est de rigueur, sans que la représentation par mandataire soit possible : ce sont les cas de mariage et de divorce. Arg. des art. 75, 264 et 294.

§ 2°. — DE LA TENUE DES REGISTRES ET DE LA RÉDACTION DES ACTES.

I. — *De la tenue des registres.*

Art. 40 à 44.

68. Les actes doivent être inscrits, non pas sur des feuilles volantes qui s'égarent facilement, mais sur un ou plusieurs registres tenus doubles. Art. 40.

En pratique, dans les communes importantes, il y a autant de registres que de nature d'actes ; dans les communes rurales, il y a toujours trois registres distincts, un pour les actes de naissance, un autre pour les actes de mariage et le troisième pour les actes de décès.

Les registres doivent être tenus doubles. Cela signifie que l'acte, après avoir été inscrit sur un registre, doit être immédiatement inscrit à nouveau, dans les mêmes termes, sur un

second registre, lequel est ainsi identiquement conforme au premier. Les actes sont donc dressés en double minute.

L'un des doubles reste toujours aux archives de la commune ; l'autre est déposé, à la fin de l'année, au greffe du tribunal de première instance. Art. 43.

Par la tenue des registres en double et leur dépôt dans des archives différentes, la loi assure la conservation des actes d'une manière efficace.

Les procurations et pièces annexées aux actes de l'état civil doivent être déposées au greffe du tribunal, avec le double des registres. Art. 44.

Outre les registres dont il est question à l'art. 40, il doit y avoir un registre spécial pour les publications de mariage. Art. 63. Ce registre n'est pas soumis à la formalité du double.

69. Avant de servir à l'écriture des actes, les registres doivent être cotés, c'est-à-dire numérotés feuille par feuille avec indication spéciale de la première et de la dernière ; ils doivent, en outre, être paraphés à chaque feuille par le président du tribunal. Cette double mesure empêche qu'on supprime plus tard des feuillets, ou qu'on en intercale, ou qu'on en ajoute à la fin.

L'art. 42 trace des règles minutieuses sur l'écriture des actes, afin de prévenir toute falsification.

Les registres doivent être clos et arrêtés par l'officier à la fin de l'année. Art. 43. Cette formalité a pour but d'empêcher l'inscription de certains actes, après l'expiration de l'année, sur les feuilles non employées des registres.

70. A la fin de chaque année, l'officier de l'état civil doit dresser en double, la table alphabétique des actes contenus dans chacun des registres. Décret du 20 juillet 1807.

Tous les dix ans, le greffier du tribunal doit, à son tour, dresser, pour chaque commune séparément, une table alphabétique générale de tous les actes contenus dans les registres de cette commune qui, pendant la période décennale écoulée, ont été déposées au greffe. Décret du 20 juillet 1807 et arrêté du 31 décembre 1851.

Ces tables décennales doivent être faites en double pour chaque commune. L'une reste au greffe, l'autre est envoyée à la commune aux registres de laquelle elle se rapporte. Loi du 2 juin 1861.

II. — *De la rédaction des actes.*

Art. 34 à 39.

A. — *De la forme des actes.*

71. C'est à l'officier de l'état civil qu'il appartient de déterminer la langue dans laquelle l'acte sera rédigé. P. 1873, I, 181.

72. Tout acte doit énoncer :

1° L'année, le jour et l'heure où il est reçu.

Cette énonciation a une utilité générale. Elle permet de contrôler la sincérité de l'acte pour le cas où il serait attaqué du chef de faux. Si un individu a été faussement indiqué comme déclarant ou comme témoin, il lui sera possible d'établir son alibi.

Elle a une utilité particulière dans les actes de naissance et de mariage. Dans les actes de naissance, elle permet de vérifier si l'acte a été dressé dans le délai fixé par l'art. 55 ; dans les actes de mariage, elle détermine le moment où s'est produit le changement d'état des époux.

2° Les prénoms, nom, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés.

Le Code ne parle pas des titres de noblesse, ni des qualifications nobiliaires. Ces titres ne font pas partie du nom. L'officier n'est donc pas *tenu* de les mentionner dans l'acte. Mais rien ne l'empêche de les y insérer, afin de mieux individualiser les comparants et les témoins. La disposition de l'art. 35 ne concerne que les énonciations relatives au fond de l'acte et non celles qui sont de pure forme. P. 1887, II, 36.

3° L'accomplissement de la formalité de la lecture.

4° La cause qui empêche tel comparant ou tel témoin de signer.

73. Tout acte doit être lu simultanément à toutes les personnes qui y ont figuré, comme déclarants ou comme témoins. Cette formalité leur permet de vérifier si l'acte a été rédigé conformément aux déclarations faites.

La mention qui doit être faite, à peine d'amende, de l'accomplissement de cette formalité en assure l'observation, car la mention mensongère rendrait l'officier coupable du crime de faux.

74. Tout acte doit être signé par les comparants, les témoins et l'officier, ou mention doit être faite de la cause qui empêche les comparants et les témoins de signer.

B. — *Du fond des actes.*

75. — L'art. 35 pose les deux principes de la matière :

1° L'officier ne peut énoncer dans l'acte autre chose que ce qui lui est déclaré par les comparants. Son ministère est purement passif. Il n'est qu'une sorte de greffier ou de commissaire enquêteur qui ne peut consigner dans les actes qu'il dresse aucune observation qui lui soit personnelle sur les faits qui y sont déclarés.

Ce principe subit exception dans les cas des art. 55 et 77. Dans tous les cas d'ailleurs, s'il n'appartient pas à l'officier de vérifier les déclarations qui lui sont faites, il a le droit et le devoir de refuser son ministère toutes les fois qu'il a la certitude que les faits qu'on lui déclare sont contraires à la vérité.

2° L'officier ne doit pas énoncer dans l'acte tout ce qui lui est déclaré par les comparants, mais seulement ce que ceux-ci sont tenus de lui déclarer, suivant la nature de l'acte.

III. — *Des diverses sanctions des règles précédentes.*

76. Les registres doivent être vérifiés chaque année par le procureur du Roi, lors du dépôt qui en est fait au greffe.
Art. 53.

L'art. 135 de la loi provinciale dispose, en outre, que les commissaires d'arrondissement doivent prendre inspection dans les communes, au moins une fois par an, des registres de l'état civil.

Le droit de surveillance qui appartient au procureur du Roi et au commissaire d'arrondissement ne les autorise pas à faire opérer des rectifications ou des additions dans les actes irréguliers ou incomplets. Pareil pouvoir n'appartient qu'aux tribunaux. Art. 99.

A. — *De la sanction pénale.*

Art. 50.

77. Toute infraction aux art. 34 à 49 de la part de l'officier de l'état civil est punie d'une amende dont le maximum est de 100 fr. Art. 50.

L'amende comminée par l'art. 50 est une peine proprement dite. Elle est régie par les principes du droit criminel, spécialement en ce qui concerne la prescription. Art. 1 et 2 de la loi du 17 août 1873. P. 1888, II, 365.

Par exception au droit commun, cette amende est de la compétence du tribunal civil, et non du tribunal correctionnel. Art. 50. Le législateur craint que la punition d'une simple négligence par le tribunal correctionnel n'affaiblisse la considération dont l'officier de l'état civil doit jouir. Mais la juridiction ne change pas le caractère de l'amende qu'elle prononce; cette amende reste une véritable peine, dans le sens du droit pénal.

78. L'art. 263 c. pen. frappe de peines correctionnelles (l'emprisonnement et l'amende) l'officier qui inscrit un acte sur feuille volante.

79. L'officier de l'état civil et le greffier du tribunal deviennent, en cas de faux, et en cas de destruction ou d'enlèvement des registres et pièces à eux confiées, passibles des peines portées par les art. 194 seq., et 241 seq. du Code pénal.

B. — *Des sanctions civiles.*

Art. 51 et 52.

80. A côté de la responsabilité pénale, le Code inscrit la responsabilité civile : les officiers de l'état civil et les greffiers dépositaires des registres sont civilement responsables des soustractions et altérations faites par des tiers et de toutes les infractions dont ils se seraient rendus coupables eux-mêmes. Art. 51 et 52.

81. A toutes ces règles de sanction, ne faut-il pas ajouter la nullité des actes faits en violation des dispositions de forme ou de fond prescrites par le Code?

Il est remarquable que nulle part le Code ne prononce la nullité des actes pour inobservation des règles qu'il établit.

Le système du Code est celui-ci : Les *irrégularités*, même les plus graves, d'un *acte de l'état civil* n'en entraînent pas nécessairement la nullité. C'est qu'il n'y a pas d'actes plus importants que ceux qui constatent l'état des personnes. Il ne fallait rien statuer à priori de trop absolu et ne pas rendre les parties victimes de la négligence ou de l'ignorance d'officiers qui, surtout dans les campagnes, présentent bien moins de garanties que les notaires. Les tribunaux sont ici investis d'un pouvoir discrétionnaire. Il leur appartient d'apprécier, suivant les circonstances, s'il y a lieu d'annuler ou de rectifier l'acte qui présente des irrégularités graves. Art. 99. C'est ainsi que le défaut de signature d'un comparant, au bas de l'acte, n'en entraîne pas nécessairement la nullité; mais il y a lieu, pour le juge, d'examiner si cette irrégularité est le résultat de l'inattention ou d'une inadvertance, ou si elle doit être attribuée à un changement de volonté du comparant non signataire. D. 1877, I, 367; P. 1885, II, 384.

82. La théorie que l'on vient d'exposer ne concerne que les actes de l'état civil entachés de vices; elle ne concerne pas les actes qui n'ont aucune existence légale comme actes de l'état civil : *Actus consistere non potest sine substantiâ.*

Ce n'est pas un acte de l'état civil, c'est le néant que l'écrit qui ne réunit pas ces deux conditions :

1° D'être émané d'un officier de l'état civil. L'acte émané d'un notaire, d'un curé ou d'un simple particulier ne saurait être un acte de l'état civil. D. 1884, I, 5.

2° D'être inscrit sur les registres de l'état civil. Un acte inscrit sur une feuille volante est sans valeur. Arg. des art. 45, in fine, 194 et 319.

Il est admis, en jurisprudence, que le défaut de signature de l'officier de l'état civil n'entraîne pas l'inexistence de l'acte. Il suffit d'une simple rectification judiciaire lorsqu'un acte ne porte point la signature de l'officier par suite d'une négligence de ce dernier. P. 1883, III, 219.

§ 3°. — DE LA RECTIFICATION DES ACTES ET DE L'INSCRIPTION
DES ACTES APRÈS LE DÉLAI LÉGAL.

Art. 99 à 101.

83. Une fois l'acte de l'état civil dressé, l'officier ne peut plus rien y changer, même du consentement des parties intéressées. Toute rectification de l'acte doit être poursuivie en justice et ne peut être ordonnée que par jugement.

84. Il y a lieu à rectification quand l'acte est irrégulier dans la forme ou au fond, ou quand il ne répond plus à son objet.

Aucun texte ne limite le droit de rectification des tribunaux aux seuls actes entachés, à l'origine, d'erreur ou d'irrégularité. On peut donc faire réparer les falsifications ou altérations qui ont été pratiquées après la passation de l'acte. On peut aussi demander le changement d'un acte régulièrement dressé lorsqu'un arrêté royal a autorisé une modification du nom de famille. P. 1889, II, 46.

85. Le Code ne contient aucune disposition particulière sur le point de savoir qui peut provoquer un jugement de rectification. Il faut donc appliquer le principe général : *dès qu'il y a un intérêt, il y a une action*, principe qui est la contre-partie de celui-ci : *pas d'intérêt, pas d'action* (1). Il suit

(1) GARSONNET. *Procédure civile*, t. I, p. 471.

de là que toute personne qui a un intérêt immédiat à ce que l'acte soit rectifié, que cet intérêt soit un intérêt pécuniaire ou un intérêt moral d'honneur ou de famille, peut introduire l'action devant les tribunaux.

En dehors des personnes intéressées, le ministère public peut-il prendre l'initiative de la demande en rectification?

Il est de principe que le ministère public peut exercer une action d'office, en matière civile, non seulement dans les cas spécifiés par le Code, mais encore lorsque l'intérêt de l'ordre public exige son intervention. Art. 46 de la loi du 20 avril 1810. P. 1881, I, 230. Or, il y a toujours un intérêt d'ordre public, une véritable nécessité sociale d'assurer l'identité des individus et les rapports de famille par des actes d'état civil réguliers. P. 1888, II, 274.

86. Le jugement ordonnant la rectification d'un acte de l'état civil n'a pas pour résultat d'entraîner une modification matérielle de l'acte; ce dernier reste sur les registres avec ses imperfections. La rectification s'opère : 1° par l'inscription du jugement sur les registres de l'année courante; 2° par la mention de ce jugement en marge de l'acte en question, sur chacun des registres. Art. 101 et 49, et avis du Conseil d'état du 4 mars 1808. Lorsqu'un acte a été rectifié par jugement, aucun extrait de cet acte ne peut plus être délivré qu'avec les rectifications ordonnées. Art. 857 c. pr. civ.

La décision judiciaire qui ordonne la rectification d'un acte de l'état civil participe de la nature des jugements. De là, la disposition de l'art. 100 qui n'est qu'une application du principe de l'art. 1351. La question jugée demeure donc entière à l'égard des personnes qui n'ont pas été en cause, c'est-à-dire qui n'ont pas figuré dans l'instance. C'est afin d'éviter les résultats singuliers que l'application du principe de l'art. 1351 peut entraîner, que l'art. 99 permet au tribunal d'ordonner la mise en cause de toutes les personnes intéressées à contester la prétention du demandeur en rectification.

87. Certains actes, ceux de naissance et de décès, doivent être dressés sur les registres endéans un délai déterminé

par la loi. Une fois ce délai expiré, l'inscription ne peut plus être faite qu'en vertu d'un jugement rendu contradictoirement avec les personnes intéressées. Avis du Conseil d'état du 12 brumaire an XI.

Le jugement ordonnant la rectification d'un acte et celui ordonnant la rectification d'un registre où un acte aurait été omis sont régis par les mêmes principes.

Lorsqu'un jugement a ordonné l'inscription d'un acte omis, il doit en être fait mention sur chacun des deux registres, en marge de la page à laquelle, selon l'ordre des dates, l'acte omis aurait dû être inscrit.

§ 4°. — DE LA PUBLICITÉ DES REGISTRES.

Art. 45.

88. Les registres de l'état civil sont publics. Il est nécessaire que chacun puisse connaître le véritable état des personnes avec lesquelles il se trouve en rapport, et savoir, par exemple, si tel individu est majeur ou mineur, marié ou non, si telle personne est morte et à quelle époque, etc. ; tous ces faits, se rattachant à la capacité des individus et à leurs droits civils, sont d'une nature essentiellement publique. Nul n'a un intérêt légitime à dissimuler son état.

Les registres sont publics, en ce sens que toute personne peut s'en faire délivrer des extraits par ceux qui en sont dépositaires, sous l'obligation de payer le coût de ces extraits tel qu'il est réglé par l'arrêté du 24 mai 1827.

§ 5°. — DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES INSCRITS SUR LES REGISTRES ET DES EXTRAITS DES REGISTRES.

Art. 45, in fine.

I. — *De la foi due aux actes eux-mêmes.*

89. L'acte de l'état civil inscrit sur les registres est revêtu du caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité

publique. Art. 1317. Aussi fait-il foi jusqu'à inscription de faux. L'art. 45, in fine, ne fixe pas expressément ce principe, mais il le consacre virtuellement en décidant que les extraits certifiés conformes aux registres et dûment légalisés font foi jusqu'à inscription de faux. Si l'extrait a cette force probante, à plus forte raison l'original doit-il l'avoir lui-même ; la force probante de la copie ne peut dériver que de la force probante de l'original.

Faire foi jusqu'à inscription de faux, c'est être considéré comme vrai, jusqu'à ce que le contraire ait été démontré par une procédure toute spéciale, l'inscription en faux, procédure dangereuse pour celui qui s'y engage soit devant la justice criminelle, soit devant la justice civile. Art. 445 c. pén., 246 c. pr. civ.

90. Un premier point est certain : C'est que l'acte inscrit sur les registres est supposé émané de l'officier de l'état civil dont il porte la signature apparente, sauf aux intéressés à combattre l'acte sur ce point par une procédure en faux. L'acte authentique en apparence est présumé l'être en réalité, et cette présomption ne peut être combattue que par l'inscription en faux.

La foi, jusqu'à inscription de faux, n'appartient pas à tout ce qui est relaté légalement dans l'acte de l'état civil. Il faut distinguer entre les deux espèces d'énonciations qui doivent se rencontrer dans tout acte de l'état civil : les unes sont l'œuvre personnelle de l'officier public ; les autres émanent directement des comparants, l'officier se borne à les acter d'après les déclarations qui lui sont faites. La foi, jusqu'à inscription de faux, demeure réservée aux premières ; elle ne s'attache pas aux secondes.

Les énonciations qu'on ne peut pas prétendre fausses sans attaquer la véracité de l'officier de l'état civil parlant en cette qualité, c'est-à-dire sans soutenir qu'il a, en sa qualité d'officier public, trahi la vérité, volontairement ou involontairement, font foi jusqu'à inscription de faux. Il en est ainsi des énonciations relatives à la date de l'acte, à la présence des témoins, à l'accomplissement de toutes les formalités

prescrites, enfin aux faits que l'officier atteste, comme les ayant constatés *propriis sensibus, de visu aut auditu*, comme le sexe d'un nouveau-né ou le fait que telles déclarations lui ont été faites par les comparants.

Quant aux énonciations faites par l'officier de l'état civil d'après les déclarations que les comparants avaient qualité pour lui faire, en supposant qu'on ne conteste pas que l'officier les a reproduites telles qu'elles lui ont été dictées, elles ne font pas foi jusqu'à inscription de faux ; celui qui les conteste ne s'attaque pas à l'officier public, il laisse sa personnalité en dehors du débat ; il prétend simplement qu'un mensonge ou une erreur a été commise par les déclarants.

Cette distinction est traditionnelle en matière d'actes authentiques. Art. 1319. Elle s'explique parfaitement. La loi n'accorde crédit à l'acte de l'état civil qu'à raison de la confiance que son auteur lui inspire. L'officier de l'état civil est un fonctionnaire public ; il a prêté serment avant d'entrer en fonctions ; il est soumis à une responsabilité pénale très rigoureuse ; voilà des garanties qui mettent ses attestations au-dessus de tout soupçon. Très différente est la situation des comparants. Ceux-ci sont des inconnus ; leur moralité est incertaine ; ils déposent sans être tenus par serment de dire la vérité ; enfin, leur responsabilité pénale est moins rigoureuse. Il est évident, dès lors, que la force probante attribuée par l'art. 45, in fine, ne peut s'attacher qu'aux énonciations qui expriment le témoignage personnel de l'officier.

91. Les déclarations des comparants, telles qu'elles sont relatées dans l'acte, ne font point pleine foi ; mais ne font-elles aucune foi quelconque ?

Elles font foi jusqu'à simple preuve contraire. Le but des registres de l'état civil ne serait qu'imparfaitement atteint si les actes qui y sont inscrits ne devaient faire aucune preuve de la vérité des déclarations des comparants. Les art. 319 et 323 appliquent cette théorie à l'acte de naissance ; le premier montre que l'acte de naissance fait preuve de la filiation maternelle légitime, et le second détermine le degré

de cette preuve, en n'imposant pas à l'enfant inscrit sous de faux noms l'obligation d'attaquer son acte de naissance par la voie de l'inscription en faux, pour faire preuve de sa filiation véritable.

92. Il peut arriver que l'acte de l'état civil contienne des énonciations qu'il ne doit pas présenter. Ces énonciations n'ont jamais aucune force probante, sans qu'il y ait à distinguer si elles émanent directement de l'officier de l'état civil ou si celui-ci ne les a faites que d'après les déclarations des comparants. D. 1871, I, 181.

II. — *De la foi due aux extraits des registres.*

93. En matière d'actes de l'état civil, les extraits des registres, c'est-à-dire les copies des actes, ont la même force probante que les actes eux-mêmes, sous ces trois conditions:

1° Qu'ils soient délivrés par un depositaire légal des registres, c'est-à-dire par l'officier de l'état civil ou le greffier du tribunal de première instance;

2° Qu'ils soient certifiés conformes au registre d'où ils sont extraits, par le depositaire qui les délivre;

3° Qu'ils soient légalisés par le président du tribunal, conformément à l'art. 45, ou par le juge de paix, conformément à la loi du 11 mai 1866. La légalisation est toujours nécessaire comme justification de la signature du depositaire des registres.

En proclamant spécialement la foi des extraits dûment certifiés conformes et légalisés, notre art. 45 écarte ainsi l'application de la règle générale de l'art. 1334 sur la foi des copies. Lorsque l'extrait d'un acte de l'état civil est produit en justice, l'adversaire auquel on l'oppose n'a pas le droit d'exiger la représentation du registre, pour vérifier la conformité de l'extrait avec l'original; l'extrait fait foi de sa conformité au registre.

L'art 45 a dérogé à la règle de l'art. 1334, afin d'éviter les inconvénients de toutes sortes que le déplacement des registres

aurait nécessairement entraînés (chances de perte et entraves à la délivrance des extraits et même à la réception des actes).

94. Ce n'est qu'aux extraits des registres, par conséquent aux copies prises sur les registres mêmes par leurs dépositaires, que s'applique la disposition de l'art. 45, in fine. Cependant, les greffiers dépositaires de pièces annexées aux registres selon l'art. 44, sont dans l'usage de délivrer copie des extraits ainsi annexés. A la rigueur, ces copies de copies n'ont aucune force probante. Elles restent soumises à la règle de l'art. 1335, 4°.

§ 6°. — DES MOYENS DE SUPPLÉER AUX REGISTRES.

Art. 46.

95. Les faits de l'état civil ne peuvent, en général, se prouver que par la preuve littérale, au moyen d'un extrait des registres. Arg. des art. 45 et 46 cbn, et des art. 194 et 319.

Il suit particulièrement de là, que les faits de l'état civil ne peuvent être prouvés *de plano* par témoins. Cette preuve est suspecte au législateur, parce quelle est incertaine : les hommes ne sont pas infaillibles, et dangereuse : les hommes ne sont pas incorruptibles.

Ce principe, qu'on ne peut suppléer à l'acte instrumentaire qui fait défaut, est tempéré par une règle générale, l'art. 46, qui n'est que la reproduction, pour la matière de l'état civil, d'une disposition capitale de la théorie du Code sur la preuve, l'art. 1348 ; cet art. 1348 autorise l'emploi de la preuve testimoniale ou par présomptions humaines, toutes les fois que le réclamant justifie qu'il s'est trouvé, sans sa faute, dans l'impossibilité de se procurer un titre écrit ou que ce titre a été perdu par un cas forfuit imprévu ou résultant d'une force majeure.

Ce principe subit, en outre, de véritables exceptions dans quelques circonstances particulières. Ces cas exceptionnels seront étudiés avec les matières particulières auxquelles ils se rattachent.

96. La disposition de l'art. 46 concerne la preuve de tout fait qui aurait dû faire l'objet d'un acte de l'état civil et non pas seulement la preuve des naissances, mariages et décès. L'énumération qui est faite dans la seconde partie du texte: *et dans ces cas, les mariages, naissances et décès* n'est pas limitative. L'art. 46, en effet, est écrit au chapitre 1^{er} du Code qui est intitulé *dispositions générales*. On s'explique d'ailleurs que le Code n'ait parlé que des naissances, mariages et décès; ces faits sont les plus importants de l'état civil, et le Code n'allait s'occuper que de ceux-là dans les autres chapitres du titre II.

I. — *Des cas dans lesquels on peut suppléer aux registres.*

97. Si l'on s'en tenait rigoureusement au texte de l'art. 46, ce ne serait que dans deux cas que l'on pourrait se placer sous la protection de cette disposition:

1^o Au cas où il n'a pas existé de registres pendant l'année. Ce qui peut arriver pendant les temps de troubles politiques, de guerre, etc.

2^o Au cas où les registres de l'année ont été perdus. Ce qui peut arriver par l'incendie, le pillage, etc. des archives de la commune et du greffe du tribunal.

Mais ne faut-il pas étendre notre article à des hypothèses non prévues et pour lesquelles existent des raisons de décider identiques? Tous les auteurs enseignent que l'extension est légitime aux deux hypothèses suivantes:

1^o Au cas où les registres ont été mal tenus, c'est-à-dire au cas où l'on trouve des traces matérielles de négligence de l'officier de l'état civil: feuilles blanches dans les registres, actes portés après coup et de mémoire, ceux de mai s'y trouvant avant ceux de janvier, etc.

2^o Au cas où des feuillets ont été arrachés des registres.

La jurisprudence se montre plus large encore que la doctrine. Elle admet l'extension de l'art. 46 même au cas de la simple omission d'un seul acte sur les registres qui pré-

sentent une régularité extérieure et se trouvent complets en apparence, si le réclamant établit des faits ou des circonstances de nature à rendre vraisemblable l'omission qu'il allègue. P. 1843, II, 85.

Cette solution nous semble parfaitement fondée. En effet:

a. Elle se base sur l'autorité de la tradition. L'art. 46 est la reproduction à peu près littérale d'un texte de l'ordonnance d'avril 1667, que les anciens auteurs et la pratique d'autrefois interprétaient de la manière la plus extensive. L'art. 46 étant une règle traditionnelle, c'est à la tradition qu'il faut recourir pour en apprécier le sens et la portée.

b. Elle est en harmonie avec la théorie générale du Code sur l'admissibilité de la preuve des faits juridiques par témoins et par présomptions humaines. Art. 1348.

L'art. 46 est une règle générale et non exceptionnelle. Son système se résume ainsi : La preuve d'un fait de l'état civil, autrement que par la production d'un extrait des registres, n'est pas admissible de plano ; il faut que le demandeur fasse une preuve préalable : il doit rendre vraisemblable le fait qu'il allègue, à savoir que l'officier a omis de dresser l'acte sur les registres, ou que l'acte a été perdu. Cette preuve une fois faite, il sera admis à prouver le fait de l'état civil en question par toutes voies de droit, témoins compris. Le texte cite deux cas dans lesquels le demandeur fait suffisamment la preuve préalable nécessaire ; mais ce ne sont que des exemples qu'il donne ; peu importe que ce soit tel événement ou tel autre qui ait privé le demandeur de la preuve que les registres auraient dû lui fournir.

II. — *Des preuves que le réclamant doit fournir.*

98. Le réclamant doit justifier de l'existence de deux faits distincts :

1° Du fait matériel qui le met dans l'impossibilité de produire un extrait des registres de l'état civil.

Il fournira cette preuve *tant par titres que par témoins*, ce qui ne veut pas dire qu'elle doit être fournie en même

temps par titres et par témoins, mais par l'un ou l'autre de ces procédés. La preuve par présomptions humaines est toujours recevable lorsque la preuve testimoniale l'est elle-même. Art. 1353.

2° Du fait de l'état civil dont la preuve légale selon l'art. 45 est impossible.

La preuve en sera fournie *tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins*. Ces expressions de l'art. 46 aboutissent à autoriser la preuve en question par toutes voies de droit. Arg. de l'art. 1353.

III. — *De la force probante du jugement intervenu.*

99. Il y a deux principes à combiner :

D'abord celui de l'art 1351 sur l'autorité de la chose jugée. Tandis que l'acte de l'état civil constitue une preuve opposable à tous, le jugement intervenu, au cas de l'art. 46, ne peut être opposé qu'aux personnes qui ont figuré dans l'instance ou qui y ont été régulièrement représentées.

Ensuite, celui de l'art. 46 que le jugement intervenu doit tenir lieu pour le demandeur de la preuve qui serait résultée d'un extrait des registres.

Le jugement produit donc tous les effets qu'aurait produits l'acte de l'état civil, mais il ne les opère qu'à l'égard des personnes qui ont été parties au procès. (Renvoi au titre de la filiation.)

SECTION 2°. — **Des faits de l'état civil qui se produisent à l'étranger.**

Art. 47 et 48.

100. La règle est à l'art. 47. Ce texte ne fait qu'appliquer à la matière de l'état civil le principe *locus regit actum*. Il

dispose pour tous actes de l'état civil quelles que soient les personnes qui y figurent, *des Belges ou des étrangers* ⁽¹⁾.

Les faits de l'état civil qui s'accomplissent en pays étranger peuvent être prouvés directement par témoins en Belgique, lorsque la loi de ce pays étranger ne prescrit pas la rédaction d'actes de l'état civil. Il est, en effet, de principe que l'admissibilité de la preuve testimoniale se détermine d'après la loi du pays où s'est accompli le fait qu'il s'agit de prouver.

101. La disposition exceptionnelle est à l'art. 48. Elle concerne uniquement l'acte de l'état civil où ne figurent que des *Belges*. Elle a été mise en œuvre par la loi du 31 décembre 1851 et l'arrêté du 29 avril 1886.

Le belge qui se trouve en pays étranger a donc deux moyens de faire constater les faits relatifs à son état civil. Il peut, à son gré, s'adresser aux officiers publics étrangers qui procèdent suivant les formes prescrites par les lois de leur pays, ou bien à nos agents diplomatiques ou consulaires qui procèdent suivant les formes établies par nos lois belges.

CHAPITRE 2°. — RÈGLES SPÉCIALES AUX ACTES DE NAISSANCE ET DE DÉCÈS.

SECTION 1^{re}. — Des actes de naissance.

§ 1^{er}. — DES ACTES DE NAISSANCE EN GÉNÉRAL.

I. — *Du délai de la déclaration de naissance.*

Art. 55.

102. La loi fixe un court délai pour la déclaration de naissance. Elle prévient ainsi les déclarations frauduleuses; la

(1) Comme il importe beaucoup à chaque pays d'avoir les actes intéressant ses nationaux, des conventions ont été conclues entre la Belgique et plusieurs nations pour la communication réciproque des actes de l'état civil.

fraude est bien difficile à commettre à un moment où la grossesse de la femme et son accouchement doivent être des faits récents et notoires.

La déclaration doit être faite dans les trois jours de l'accouchement. Conformément aux principes généraux sur la computation des délais, le jour de l'accouchement ne compte pas, mais les jours fériés qui se trouvent dans le délai doivent être comptés.

La déclaration doit toujours être faite à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance, alors même que ce lieu ne serait pas celui du domicile de la mère.

Le délai légal expiré, l'officier ne peut plus recevoir la déclaration de naissance qu'en vertu d'un jugement rendu conformément aux règles de l'avis du Conseil d'état du 12 brumaire an XI.

II. — *Des personnes qui doivent faire la déclaration de naissance.*

Art. 56.

103. C'est seulement de la part des personnes déterminées par l'art. 56, et dans l'ordre hiérarchique qui leur est attribué, que l'officier de l'état civil peut recevoir les déclarations de naissance.

104. L'art. 56 prévoit deux cas : celui où la femme est accouchée chez elle et celui où elle est accouchée hors de son domicile.

A. La mère est accouchée dans son domicile.

L'obligation de déclarer la naissance ne pèse pas au même degré sur toutes les personnes indiquées en l'art. 56.

En première ligne, vient le père de l'enfant, s'il est légalement connu. Le père naturel n'est donc obligé de déclarer la naissance de son enfant que lorsqu'il l'a reconnu comme sien pendant la grossesse de la mère.

Le père est tenu de déclarer la naissance de son enfant, qu'il ait ou non assisté à l'accouchement.

En second lieu, à défaut du père, c'est-à-dire si celui-ci est

inconnu, mort, empêché d'agir par maladie ou non présent sur les lieux dans le délai légal, l'obligation incombe à l'accoucheur ou à la sage-femme. P. 1886, II, 261.

Enfin, à défaut du père et si l'accouchement s'est accompli sans assistance d'un accoucheur ou d'une sage-femme, l'obligation pèse concurremment sur toutes les personnes qui ont assisté à l'accouchement.

Cet ordre successif n'est pas clairement exprimé dans l'art. 56; il faut cependant l'admettre tel qu'on vient de l'indiquer, à raison des travaux préparatoires de l'art. 361 du Code pénal ⁽¹⁾.

B. La mère est accouchée hors de son domicile.

La finale de l'art. 56 est ainsi conçue: *et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée.* On doit l'entendre en ce sens, qu'aux personnes qui ont assisté à l'accouchement, il faut ajouter la personne chez qui la femme sera accouchée. B. J. 1884, p. 494.

III. — *De la présentation de l'enfant et des divers objets de la déclaration.*

A. — *De la présentation de l'enfant.*

Art. 55.

105. L'enfant doit être présenté à l'officier de l'état civil en son bureau.

La présentation de l'enfant à l'officier lui permet de constater : 1° que l'enfant est nouveau-né; 2° quel est le sexe de l'enfant; 3° s'il est vivant.

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, t. II, p. 493.

B. — *Des objets de la déclaration.*

Art. 57.

106. La déclaration doit fixer l'époque de la naissance et l'individualité de l'enfant; elle doit, en outre, indiquer la filiation paternelle et maternelle de l'enfant, s'il s'agit d'un enfant légitime, et la filiation maternelle, s'il s'agit d'un enfant illégitime.

107. Quant à l'époque de la naissance, le comparant doit déclarer le jour, l'heure et le lieu de l'accouchement.

Quant à l'individualité de l'enfant, le comparant choisit à son gré les prénoms à lui donner, parmi les noms usités dans les différents calendriers ou connus dans l'histoire ancienne. Loi du 11 germinal an XI.

108. Quant à la filiation de l'enfant, il faut distinguer d'abord s'il s'agit d'une naissance légitime ou illégitime.

L'application de l'art. 57 ne souffre aucune difficulté pour l'enfant légitime. L'indication de la mère sert à prouver la filiation maternelle. Art. 319. L'indication du père n'est que de pure forme; le père est connu par la présomption légale : *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Art. 312 et suiv.

109. L'art. 57 ne peut pas toujours être appliqué à la lettre lorsqu'il s'agit de l'enfant illégitime. C'est que l'on doit tenir compte des principes du Code sur la preuve de la filiation naturelle. La combinaison de notre art. 57 avec les art. 334 à 342 commande d'abord de distinguer entre l'enfant naturel simple et l'enfant adultérin ou incestueux.

1^o S'agit-il d'un enfant naturel, trois cas peuvent se présenter :

a. Le comparant déclare qu'il est le père de l'enfant. Son aveu vaut reconnaissance et doit être constaté dans l'acte de naissance. Art. 334. Dans ce cas, il n'y a nul doute que le père doit déclarer la mère. Cette désignation présente une grande utilité pour l'enfant, à raison de l'interprétation que la jurisprudence donne à l'art. 336.

b. La mère fait la déclaration de naissance (par un fondé

de procuration spéciale et authentique). Sa déclaration emporte reconnaissance. Art. 334. Mais, si elle voulait désigner le père de l'enfant, elle ne le pourrait pas, et l'officier de l'état civil devrait se refuser à inscrire cette mention dans l'acte. Art. 35 et 340 cbn.

c. La déclaration est faite par une personne qui a opéré l'accouchement ou qui y a assisté. Le nom du père ne doit pas être donné, et l'officier doit refuser de le mentionner. Art. 35 et 340 cbn. Mais quid du nom de la mère?

Cette question était controversée avant notre nouveau Code pénal. Pour l'affirmative, on faisait valoir que la maternité est un fait extérieur qui peut être affirmé avec certitude et dont le Code civil autorise la recherche. Art. 341. On ajoutait que l'indication du nom de l'accouchée faciliterait à l'enfant la recherche de sa filiation maternelle. Cette opinion était contraire au système du Code civil qui n'exige des comparants aux actes de l'état civil que des déclarations de nature à former preuve proprement dite; or, il résulte des art. 334 à 341 que la désignation de la mère naturelle ne peut servir de preuve à l'enfant, mais uniquement d'un simple indice, la filiation naturelle ne s'établissant que par une reconnaissance volontaire ou par un jugement, c'est-à-dire par une reconnaissance judiciaire. P. 1889, I, 288.

Il résulte des travaux préparatoires de l'art. 361 du Code pénal de 1867, que le législateur belge a voulu imposer au comparant à l'acte de naissance d'un enfant naturel, l'obligation de déclarer le nom de la mère. Il n'a pas entendu modifier les principes du Code civil sur la preuve de la filiation naturelle; il a seulement voulu fournir un indice à l'enfant. Cette solution est, sans doute, une *inelegantia juris*, mais elle est d'une haute moralité. L'intérêt qu'a l'enfant à rechercher sa mère doit l'emporter sur l'intérêt que celle-ci peut avoir à cacher son déshonneur.

2° Si la filiation de l'enfant est adultérine ou incestueuse, il est sans difficulté que l'acte de naissance ne peut pas révéler cette filiation. Art. 335 et 342. Toutes les fois donc que la désignation du père et de la mère établirait une filia-

tion adultérine ou incestueuse, de quelque personne que ces désignations émanent, l'officier de l'état civil doit les rejeter.
Art. 35.

§ 2°. — DE CERTAINS ACTES DE NAISSANCES.

I. — *De l'acte de naissance de l'enfant trouvé.*

Art. 58.

110. Renvoi au texte du Code et à l'art. 362 du Code pénal.

II. — *De l'acte de naissance de l'enfant né pendant un voyage en mer.*

Art. 59 à 61.

111. Renvoi aux textes du Code.

SECTION 2°. — Des actes de décès.

§ 1^{er}. — DES ACTES DE DÉCÈS EN GÉNÉRAL.

I. — *Du délai de la déclaration de décès.*

Art. 77.

112. La déclaration doit être faite avant l'inhumation. L'art. 77, en effet, exige que l'officier de l'état civil se transporte auprès de la personne décédée pour s'assurer du décès. Après l'inhumation, l'acte de décès ne pourrait plus être dressé qu'en vertu d'un jugement.

Le Code ne prescrit aucune mesure pour parer aux inconvénients des inhumations tardives ; il abandonne ce soin à l'autorité administrative. Mais il établit des mesures de police contre le danger des inhumations précipitées : 1° l'ihu-

mation ne peut avoir lieu qu'après avoir été autorisée par l'officier de l'état civil ; 2^e en règle générale, le permis d'inhumation ne peut être délivré que 24 heures après le décès.

La déclaration doit être faite à l'officier de l'état civil du lieu du décès.

II. — *Des personnes qui ont qualité pour faire la déclaration de décès.*

Art. 78.

113. Le Code n'oblige personne à faire la déclaration de décès. L'art. 78 ne présente rien de limitatif quant aux personnes qu'il invite à faire cette déclaration.

Dans l'acte de décès, les mêmes personnes jouent le double rôle de déclarants et de témoins. Il suit de là qu'elles doivent être mâles et âgées de vingt et un ans. Art. 37.

III. — *De la vérification du décès et des divers objets de la déclaration.*

Art. 77 et 79.

114. L'officier de l'état civil doit vérifier lui-même le fait du décès. Art. 77. Cette mesure empêche les suppositions de décès.

115. La déclaration doit fixer l'individualité de la personne décédée et faire connaître, s'il est possible, ses père et mère. Art. 79.

La loi n'admet pas la déclaration des causes de la mort, ni des circonstances particulières dans lesquelles elle a eu lieu. L'art. 85 ne veut pas que l'acte rappelle des souvenirs qu'il convient d'effacer.

La déclaration doit indiquer le jour et l'heure du décès. L'art. 77, en effet, ne permet à l'officier de délivrer le permis d'inhumation que 24 heures après le décès. Cette disposition implique que le moment précis de la mort doit être déclaré à l'officier de l'état civil et acté par ce dernier, ne fût-ce que

pour sa propre justification. Il importe peu, dès lors, que l'art. 79 ait omis d'indiquer le jour et l'heure du décès parmi les énonciations que l'acte doit contenir. Il est d'ailleurs à remarquer que l'officier a le droit et le devoir d'insérer dans l'acte tout ce qui *doit* être déclaré par les comparants. Art. 35.

IV. — *De la communication de l'acte de décès au juge de paix.*

Art. 79, al. addit.

116. Les deux derniers alinéas de l'art 79 ont été ajoutés à cet article, par l'art. II de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 ; le législateur a voulu mettre les juges de paix à même de veiller à ce que tous les mineurs soient pourvus de tuteurs.

§ 2°. — DE CERTAINS ACTES DE DÉCÈS.

I. — *Des nouveau-nés présentés sans vie.*

117. Lorsqu'on présente à l'officier de l'état civil le cadavre d'un enfant nouveau-né dont la naissance n'a pas été inscrite, il n'y a pas deux actes à dresser, l'un de naissance, l'autre de décès, mais un acte tout particulier dont les formes sont tracées par le décret du 4 juillet 1806.

Le but des formes spéciales tracées par ce décret est d'empêcher qu'il s'élève aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non. L'acte doit uniquement exprimer que l'enfant a été présenté à l'officier. Les comparants n'ont pas à déclarer si l'enfant est né sans vie ou s'il est né vivant et est mort peu de temps après sa naissance. C'est que cette question peut avoir une importance capitale en matière de succession et de donation testamentaire, et que les comparants pourraient souvent avoir intérêt à trahir la vérité. Art. 725 et 906.

II. — *Des décès à la suite d'accidents dans les mines.*

118. L'art. 84 de l'arrêté du 28 avril 1884 détermine la procédure à suivre pour la constatation des décès des ouvriers engloutis dans les mines et dont il a été impossible de retrouver les cadavres.

Cette disposition nous paraît applicable par voie d'analogie à toutes les hypothèses où la mort étant certaine on n'a pu retrouver le cadavre (incendie, inondation, etc.). D. 1890, II, 305.

III. — *Des décès dans les hôpitaux ou autres maisons publiques, dans les prisons, ou par suite d'exécution capitale, et des cas où il y a des signes de mort violente.*

Art. 80 à 84.

119. Renvoi aux textes du Code.

IV. — *Des décès arrivés pendant un voyage en mer.*

Art. 86 et 87.

120. Renvoi aux textes du Code.

TITRE III.

Du domicile.

121. On peut reconnaître plusieurs sortes de domicile.

1° Le domicile politique qui détermine le lieu où s'exerce l'électorat. Il est parfois distinct du domicile civil. Art. 43 du Code électoral, et art. 44 de la loi du 22 août 1885. P. 1890, I, 205.

L'art. 102 a voulu marquer par les mots *quant à l'exercice de ses droits civils* que le Code ne s'occupe du domicile qu'en ce qui concerne le droit civil, laissant de côté ce qui touche le droit politique. Ce serait se tromper que d'attacher à ces termes la signification qu'on ne peut exercer les droits civils qu'au lieu de son domicile civil. Toute personne peut, en général, exercer ses droits civils en tous lieux quelconques. C'est par exception seulement que l'exercice de certains droits se trouve circonscrit dans un lieu déterminé.

2° Le domicile de secours qui détermine la commune à laquelle incombe pour tout ou partie l'entretien de l'indigent.

3° Le domicile civil qui détermine le lieu où chaque personne est réputée toujours présente au point de vue de ses obligations et de ses droits civils, quoiqu'elle ne s'y trouve pas à tel moment donné ou que même elle n'y ait point sa demeure habituelle.

Il ne s'agit dans ce cours que du domicile civil.

122. Le mot *domicile* a deux acceptions différentes. Dans un premier sens, c'est le siège juridique de la personne, c'est-à-dire la relation juridique que la loi fait naître entre une personne et un lieu déterminé, celui où cette personne a son principal établissement. Dans une autre acception, c'est le lieu où une personne a son principal établissement.

On oppose au *domicile*, la *résidence* et l'*habitation passagère*.

Le domicile ne suppose pas nécessairement le fait d'une habitation continue; il peut même exister indépendamment de toute habitation. La résidence, au contraire, consiste dans le *fait* de l'habitation ordinaire en tel ou tel lieu. On peut avoir plusieurs résidences et diverses habitations passagères, on ne peut avoir qu'un seul domicile ordinaire.

123. Le domicile civil présente deux variétés : le *domicile ordinaire* ou *général* et le *domicile spécial* ou *d'élection*.

Le domicile ordinaire est celui qui s'applique à la généralité des obligations et des droits civils. C'est le domicile *ad omnes res*. Le domicile d'élection est celui qui ne se réfère qu'à des relations juridiques déterminées, *ad certas res*.

Le domicile ordinaire s'établit de deux manières diffé-

rentes. Tantôt il est imposé par la loi elle-même; tantôt il est le résultat du choix volontaire de la personne. Dans le premier cas, il porte le nom de domicile *de droit*; dans le second, on l'appelle domicile *de fait*.

Le terme domicile employé seul sans autre addition ni désignation, se prend habituellement pour le domicile civil général.

124. L'étranger peut acquérir en Belgique un véritable domicile, lors même qu'il n'a pas obtenu du Gouvernement l'autorisation de s'y fixer. Le domicile n'est pas un droit, mais un simple siège juridique. L'art. 13 ne concerne pas notre question; il ne dit pas du tout que l'étranger ne peut avoir de domicile en Belgique sans l'autorisation du Gouvernement, il reconnaît même implicitement le contraire. Quant à l'art 102, s'il parle du domicile, de tout *Français* au lieu de dire en termes généraux de toute personne, c'est probablement que l'attention de l'auteur de l'article s'est portée sur l'opposition à faire entre le domicile civil et le domicile politique des Français. P. 1848, I, 358.

125. Le commentaire du titre sera divisé ainsi :

CHAPITRE 1^{er}. — Du domicile ordinaire.

SECTION 1^{re}. — De l'importance du domicile.

SECTION 2^e. — Du principe que toute personne a nécessairement un domicile.

SECTION 3^e. — Du domicile de droit.

§ 1^{er}. — Des fonctionnaires nommés à vie.

§ 2^e. — De la femme mariée.

§ 3^e. — Du mineur non émancipé.

§ 4^e. — De l'interdit.

§ 5^e. — Des individus qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.

SECTION 4^e. — Du domicile de fait.

CHAPITRE 2^e. — Du domicile d'élection.

SECTION 1^{re}. — De l'établissement du domicile d'élection.

SECTION 2^e. — Des effets de l'élection de domicile.

CHAPITRE 1^{er}. — DU DOMICILE ORDINAIRE.

SECTION 1^{re}. — De l'importance du domicile.

126. Le domicile présente surtout de l'intérêt en matière de compétence et de procédure civile.

C'est le domicile du défendeur qui détermine, en principe, la compétence territoriale des tribunaux : *actor sequitur forum rei*. Art. 39 de la loi du 25 mars 1876.

C'est le domicile de l'adversaire qui détermine le lieu où tous les exploits d'huissier doivent lui être signifiés, lorsqu'ils ne sont pas faits à sa personne même. Art. 4 et 68 c. pr. civ.

Le domicile fixe aussi le lieu de l'ouverture de la tutelle, art. 406 et 407 c. civ., de la succession, art. 110 c. civ., et de la faillite, art. 440 c. co; il détermine, par suite, le juge de paix qui doit présider aux opérations de la tutelle et le tribunal compétent pour la plupart des contestations relatives à la succession ou à la faillite. Art. 47 à 49 de la loi du 25 mars 1876.

Le domicile présente peu d'intérêt au point de vue de l'exercice des droits civils. On ne peut guère citer que les cas prévus aux art. 74 et 165 cbn, 353, 363 et 1247, al. 2.

SECTION 2^e. — Du principe que toute personne a nécessairement un domicile.

127. Toute personne a nécessairement un domicile général. Ce principe n'est pas formulé en termes exprès par le Code. Il résulte de la combinaison des art. 102, 103 et 108.

L'art. 102 dit : *Le domicile de tout Français*; il suppose donc que tout Français a un domicile.

Puis l'art. 103 dispose immédiatement, non pas sur l'acquisition ou la perte pure et simple du domicile, mais seulement sur le *changement de domicile*; il suppose donc qu'il y a toujours un domicile préexistant.

L'art. 108 indique ce domicile préexistant : c'est le domi-

cile qu'avait le mineur au jour où il est devenu libre de disposer de sa personne, c'est-à-dire au jour de sa majorité ou de son émancipation.

Toute personne a donc nécessairement un domicile, car si elle n'en a pas acquis un autre, elle a conservé son *domicile d'origine*.

128. Si, en droit, toute personne a un domicile, il peut arriver, en fait, que le domicile d'une personne soit absolument inconnu. Tel est le cas de l'enfant qui est né de parents vagabonds. Les art. 69 c. pr. civ. et 39 de la loi du 25 mars 1876 prévoient une pareille situation; ils disposent que la résidence actuelle remplace le domicile inconnu, en ce qui concerne la signification des exploits et la détermination de la compétence territoriale des tribunaux.

129. On ne peut avoir qu'un seul domicile ordinaire. Toutes les dispositions du Code impliquent l'unité du domicile ordinaire. Art. 102, 103, 104 et 110. Notamment, il est impossible de comprendre qu'un homme ait dans plusieurs lieux son principal établissement. A l'acquisition d'un domicile correspond donc toujours la perte du domicile antérieur.

SECTION 3^e. — Du domicile de droit.

130. Il y a certaines personnes auxquelles la loi assigne un domicile. Ce sont : 1^o les fonctionnaires nommés à vie; 2^o les femmes mariées; 3^o les mineurs non émancipés; 4^o les interdits; 5^o les individus qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.

Les dispositions qui attribuent un domicile légal sont impératives; elles n'autorisent point les intéressés à refuser le domicile qu'elles leur assignent ni à le changer pour un autre.

§ 1^{er}. — DES FONCTIONNAIRES NOMMÉS A VIE.

Art. 107.

131. L'art. 107 considère la fonction à vie comme constituant le principal établissement du fonctionnaire qui en est

investi. En acceptant la fonction, il accepte l'attribution de domicile qui en est la conséquence.

Le fonctionnaire nommé à vie est domicilié de droit dans le lieu où il doit exercer sa fonction, aussitôt qu'il a prêté le serment politique prescrit par le décret du 20 juillet 1831. Il n'est pas nécessaire qu'il ait pris autrement possession de son poste, ni qu'il ait choisi une habitation déterminée. L'acceptation de la fonction résulte pleinement de la prestation du serment politique (*).

132. Les fonctions conférées à vie sont les seules qui entraînent domicile de droit. Art. 106 et 107 cbn.

L'expression *fonctions à vie* a un sens technique, elle est employée à l'art 107 par opposition à celle de *fonction temporaire ou révocable* qui se trouve à l'art. 106. Une fonction n'est donc à vie, dans le sens technique, qui si elle est conférée pour un temps illimité et si elle n'est point révocable au gré du gouvernement.

Les seuls fonctionnaires qui soient inamovibles et nommés pour un temps illimité sont les juges et les notaires. Art. 100 Const. et 2 de la loi du 25 ventôse an XI. Il est de jurisprudence que notre art. 107 n'est pas applicable aux juges suppléants. P. 1875, I, 162.

L'acceptation d'une fonction temporaire ou révocable n'entraîne pas domicile légal pour le fonctionnaire qui en est investi. Ce fonctionnaire est soumis au droit commun des art. 103 à 105.

§ 2^e. — DE LA FEMME MARIÉE.

Art. 108.

133. Les art. 108, al. 1^{er}, et 214, sont l'expression juridique de la maxime sacrée : *erunt duo in carne una*. Le mariage établissant entre l'homme et la femme une communauté

(*) Quel est le domicile politique du fonctionnaire à vie qui exerçant ses fonctions dans une commune, n'y a cependant point de domicile *de fait* et habite, au contraire, dans un autre lieu ? P. 1886, I, 314.

absolue d'existence, il est naturel qu'ils aient même résidence et même domicile.

L'acquisition par la femme, du domicile de son mari se produit de plein droit, par le fait seul du mariage, et sans qu'il soit nécessaire que la femme se soit transportée au lieu du domicile de son mari.

134. La femme séparée de corps recouvre le droit de se choisir un domicile : c'est que la disposition de l'art. 108 n'est que la conséquence de la communauté d'existence qui s'établit entre les époux. Or, l'effet principal de la séparation de corps, c'est de dispenser les époux du devoir de cohabitation. C'était d'ailleurs la décision de l'ancien droit; or, tout le monde reconnaît que le législateur n'ayant pas réglé expressément les effets de la séparation de corps, art. 306 et suiv., il faut combler cette lacune à l'aide d'emprunts faits soit au titre du divorce, soit à l'ancien droit.

135. La femme dont le mari est interdit recouvre aussi le droit de se choisir un domicile, peu importe que la tutelle de son mari interdit lui ait ou non été confiée.

§ 3°. — DU MINEUR NON ÉMANCIPÉ.

Art. 108.

136. Il faut distinguer entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime.

I. — De l'enfant légitime.

S'il est uniquement sous puissance paternelle, ayant encore ses père *et* mère, il a son domicile chez son père. Art. 389.

S'il est sous tutelle, il a son domicile chez son tuteur. Art. 390. Il en est ainsi lors même que le survivant des père et mère n'a point la tutelle, comme dans le cas de l'art. 394. Le siège juridique du mineur ne saurait, en effet, se trouver ailleurs que chez celui qui le représente dans tous les actes de la vie civile. Art. 450.

II. — De l'enfant illégitime.

S'il a été reconnu par ses père et mère, il a son domicile chez son père. Arg. des art. 158 et 383.

S'il n'a été reconnu que par un seul de ses père et mère, il a son domicile chez celui-ci.

S'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre, mais s'il est sous tutelle, il a son domicile chez son tuteur. Quand l'enfant est recueilli dans un hospice, il est de droit sous la tutelle de la commission administrative de cet hospice. Art. 15 du décret du 19 janvier 1811. S'il n'est pas sous tutelle, il n'y a plus de domicile légal qu'on puisse lui appliquer; il faut dire que son domicile est inconnu. D. 1888, II, 249; 1889, I, 424.

On vient d'exposer les solutions qui sont généralement admises en doctrine et en jurisprudence, quant au domicile de l'enfant illégitime. Peut-être serait-il plus juridique de décider que l'enfant illégitime est toujours domicilié chez son tuteur, alors même qu'il a été reconnu par ses père et mère. Il faut savoir, en effet, que pour cet enfant la tutelle s'ouvre toujours dès le moment de sa naissance ⁽¹⁾.

§ 4^e. — DE L'INTERDIT.

Art. 108.

137. L'interdit a son domicile chez son tuteur. Art. 108, 505 et 509. Il n'y a pas à distinguer entre l'interdit judiciaire et l'interdit légal. Art. 23 c. pén.

§ 5^e. — DES INDIVIDUS QUI SERVENT OU TRAVAILLENT HABITUELLEMENT CHEZ AUTRUI.

Art. 109.

138. L'art. 109 détermine le principal établissement des individus qui servent ou qui travaillent *habituellement* chez autrui. Leur domicile est chez leur maître sous deux conditions :

(1) AUBRY et RAU, t. 1^{er}, p. 381.

1° Qu'ils demeurent avec lui, dans la même maison.

2° Qu'ils n'aient pas d'autre domicile de droit. L'art. 109 doit, en effet, se combiner avec l'art. 108. La femme mariée conserve donc son domicile de droit chez son mari, alors même qu'elle sert et demeure habituellement chez autrui.

L'art. 109 s'applique à toute personne, aux mineurs émancipés comme aux majeurs. S'il ne parle que des majeurs, c'est qu'il n'a eu en vue que l'hypothèse la plus commune.

SECTION 4^e. — Du domicile de fait.

Art. 103 à 106.

139. Tout domicile de droit cesse avec la cause qui en avait motivé l'attribution.

Ce n'est pas à dire que l'intéressé se trouve *ipso facto* sans domicile. En vertu des art. 102 et suiv., il reste domicilié *de fait* au lieu où il était domicilié *de droit*, tant qu'il n'a pas rempli les conditions prescrites pour le changement de domicile. En d'autres termes, quand la cause qui motivait l'attribution d'un domicile de droit vient à cesser, ce domicile de droit se transforme en un domicile de fait, que l'intéressé est libre de changer aussitôt qu'il le juge à propos.

140. Toute personne qui n'a plus de domicile de droit a la faculté de se choisir un nouveau domicile. Il n'est pas nécessaire pour cela d'être capable de tous les actes de la vie civile. Il suffit de jouir de la liberté de sa personne, comme le mineur émancipé ou la femme séparée de corps.

141. Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer, d'une manière complète et permanente, le siège de ses affaires. Art. 103. Deux conditions sont donc nécessaires pour l'acquisition d'un nouveau domicile :

1° Le fait matériel de la translation de l'habitation dans un autre lieu. Le seul fait du transport du mobilier ne suffit pas ; il faut l'habitation effective.

2° L'intention d'y fixer son principal établissement. Le principal établissement d'une personne, ce n'est pas nécessairement son principal établissement *commercial* ou *industriel*; c'est le lieu où elle a établi le centre de ses relations, celui auquel ses principaux intérêts moraux ou pécuniaires la rattachent de préférence à tout autre. P. 1884, II, 309. L'intention de changer de domicile se constate au moyen d'une double déclaration faite, tant à l'administration communale du lieu que l'on quitte, qu'à celle du lieu où l'on s'établit. Art. 104. A défaut d'une pareille déclaration, la preuve de l'intention de changer de domicile peut résulter des circonstances qui ont accompagné ou suivi la translation de résidence. Art. 105.

142. Les conditions fixées par l'art. 103, pour opérer changement de domicile, sont toujours exigées l'une et l'autre, mais elles sont toujours suffisantes.

Elles sont toujours exigées l'une et l'autre : ainsi l'intention seule de changer de domicile, quelque explicite qu'elle soit, n'est point suffisante, si elle n'est accompagnée d'une translation réelle du siège des affaires, dans le lieu où doit être établi le nouveau domicile. Réciproquement, la simple translation de résidence n'entraîne pas changement de domicile, si elle n'est accompagnée de l'intention de fixer le siège de ses affaires au lieu de la nouvelle résidence. En l'absence de l'une de ces conditions, le domicile reste au lieu où il était fixé précédemment. L'art. 106 applique cette décision aux fonctionnaires temporaires ou révocables.

Elles sont toujours suffisantes. Ainsi, le fait de l'habitation n'est soumis à aucune condition de durée. Si l'intention de changer de domicile est constante, elle opère dès qu'il y a habitation réelle, celle-ci ne serait-elle que d'un jour. Il faut cependant observer que lorsque les déclarations indiquées par l'art. 104 n'ont pas été faites, comme alors la preuve de l'intention ne résulte que des circonstances, la durée de l'habitation dans le nouveau lieu devra être prise en considération. Ce sera l'une des circonstances les plus propres à témoigner de l'intention de la personne.

143. Il peut arriver qu'une personne possède plusieurs établissements d'importance égale en apparence. Lorsqu'il y a réellement incertitude sur l'établissement principal, on peut dire que, pour les tiers, le véritable domicile n'est pas connu. Il ne faut pas qu'ils souffrent de ce qu'une personne n'a pas suffisamment révélé son domicile.

CHAPITRE 2. — DU DOMICILE D'ÉLECTION.

Art. 111.

SECTION 1^{re}. — De l'établissement du domicile d'élection.

144. L'élection de domicile fixe un certain lieu où une personne consent à être considérée comme domiciliée pour l'exécution d'une affaire déterminée.

L'élection de domicile a pour but d'éviter plus tard aux parties des lenteurs et des déplacements onéreux. On n'aura plus à se préoccuper du domicile de l'élisant et à aller le rechercher dans un lieu peut-être très éloigné.

L'élection se fait soit en désignant nominativement, ou par sa qualité, une personne habitant certain lieu, soit même en indiquant simplement une maison déterminée située dans un certain lieu. B. J., 1889, p. 620.

En général, l'élection de domicile est facultative. Il y a cependant quelques cas dans lesquels elle est rendue obligatoire par la loi. Art. 176 c. c., 83 loi hy. Les cas où l'élection de domicile est forcée se rencontrent surtout en matière de procédure civile.

145. L'élection facultative de domicile ne s'opère que par un véritable concours de volontés entre les intéressés, c'est-à-dire par une convention proprement dite. La formation de cette convention est uniquement régie par les principes généraux du Code, sur les conditions d'existence et de validité des conventions. Il n'est donc pas nécessaire que l'élec-

tion soit expresse, ni qu'elle soit faite par écrit, puisque le Code reconnaît l'existence juridique des conventions verbales et des conventions tacites.

Il faut toujours que l'élection de domicile résulte clairement de la volonté des parties. C'est que le domicile élu est un domicile exceptionnel ; l'élsant renonce à l'application de la règle générale de l'art. 102. Ainsi, la simple indication d'un lieu pour le paiement volontaire d'une obligation n'emporte pas une véritable élection de domicile dans ce lieu. Voyez toutefois l'art. 1258, 6°, c. c. et l'art. 42 de la loi du 25 mars 1876.

146. On peut élire domicile pour l'exécution de toute opération juridique. Le mot *acte*, à l'art. 111, désigne l'acte juridique (*negotium juridicum*) et non l'acte instrumentaire (*instrumentum*).

L'art. 111 n'a aucun caractère limitatif. C'est que la liberté des conventions est un des principes généraux du droit civil. Il suit de là :

1° Que l'élection de domicile peut être faite postérieurement à la formation de l'acte juridique qu'elle concerne, aussi bien que simultanément avec lui.

2° Que l'élection de domicile peut être faite par l'élsant au lieu même de son domicile général, aussi bien que dans un autre lieu. Une pareille élection est utile pour le cas où l'élsant viendrait à décéder ou à changer de domicile général.

SECTION 2°. — Des effets de l'élection de domicile.

147. Les effets de l'élection facultative de domicile sont régis par les principes généraux du Code sur les effets des conventions. Il suit de là :

1° Que l'élection de domicile ne peut être révoquée que du consentement mutuel des parties. Art. 1134. Cependant il est toujours loisible à celui qui a élu domicile chez une personne d'indiquer, dans le même lieu, une autre personne

en remplacement de celle chez laquelle le domicile avait été primitivement élu. Ce n'est point là, en effet, une révocation de l'élection de domicile, mais une simple substitution d'un nouveau mandataire à l'ancien, et peu importe à l'autre partie que son co-contractant soit représenté par telle personne plutôt que par telle autre.

2° Que l'élection de domicile se transmet activement et passivement aux héritiers et autres successeurs des parties. Art. 1122. Le domicile élu ne cesse point par le décès de l'une ou l'autre des parties. Leurs héritiers succèdent aux droits et aux obligations résultant de l'élection de domicile. P. 1886, II, 346.

3° Que l'élection de domicile ne produit aucun effet à l'égard des tiers. Art. 1165.

4° Que les effets de l'élection de domicile dépendent de la commune intention des parties. Art. 1134.

En cas de difficulté, il faut appliquer les règles générales suivant lesquelles on interprète les conventions. Art. 1156 et suiv. S'il y a vraiment doute sur la volonté des parties, il faut préférer l'interprétation la plus stricte, car l'élection de domicile emporte renonciation de l'élu aux droits qui dérivent du domicile général, et les renonciations ne se présumant pas.

148. En l'absence de toute stipulation des parties, l'effet de l'élection de domicile pour l'exécution d'une opération juridique est d'assimiler le domicile élu au domicile général, quant à la notification des exploits et à la détermination de la compétence territoriale des tribunaux, dans toutes les contestations qui peuvent s'élever entre les parties sur cette exécution. Art. 111. Ainsi donc :

1° Toutes les significations, demandes et poursuites qui concernent l'exécution de l'acte pour lequel l'élection a été consentie sont valablement faites au domicile élu, et tous les délais (établis à raison des distances) que font courir ces exploits doivent être calculés d'après le domicile élu et non d'après le domicile général. P. 1886, II, 346.

2° Toutes les actions relatives à l'exécution de l'acte pour

lequel l'élection a été faite sont de la compétence territoriale des juges du lieu du domicile élu. L'art. 43 de la loi du 25 mars 1876 a répété sur ce point la disposition de notre art. 111.

Les conséquences légales de l'assimilation du domicile élu au domicile général sont uniquement relatives à la notification des exploits et à la détermination de la compétence territoriale des tribunaux. L'art. 111 laisse sous l'empire du droit commun tout ce qui concerne l'exécution amiable ou volontaire de l'acte juridique pour lequel l'élection de domicile a été faite. Il suit de là que l'élection de domicile faite simplement dans les termes de l'art. 111 n'emporte point dérogation à la règle établie par l'art. 1247, al. 2, et qu'elle n'attribue pas à la personne chez laquelle elle a eu lieu le pouvoir de recevoir le paiement de l'obligation.

149. D'après le texte de l'art. 111 (*pourra*), les effets de l'élection de domicile sont purement facultatifs; rien n'empêche celui qui a contracté avec l'élisant de faire opérer ses notifications au lieu du domicile général de celui-ci, et de l'assigner devant les juges de ce domicile. Cette décision du texte n'est relative qu'au *quod plerumque fit*; elle suppose que ç'a été dans l'intérêt exclusif de son co-contractant que l'élisant a fait l'élection de domicile. P. 1886, II, 367.

Il ne saurait en être ainsi lorsqu'il est établi que le domicile a été élu dans l'intérêt commun des parties. En pareil cas, la convention d'élection de domicile a donné à *chacune* des parties un *droit* que l'autre ne peut pas détruire par sa seule volonté.

150. L'élection de domicile contient un mandat accessoire donné par l'élisant à une tierce personne. Ce tiers institué mandataire, c'est la personne chez laquelle le domicile est élu. L'objet de son mandat, c'est de recevoir les différentes significations qui seront faites au domicile élu et de les communiquer sans retard à l'élisant.

Le tiers établi mandataire par l'élection de domicile en sa demeure n'est pas tenu de remplir le mandat contre son gré. Art. 1984, al. 2. Il ne peut y être obligé que par son accepta-

tion. On doit considérer comme une acceptation tacite du mandat attaché à l'élection, le fait de recevoir, sans protestation ni réserve, des significations faites au domicile élu.

Ce contrat accessoire une fois formé par l'acceptation du tiers institué, est régi par les règles spéciales du Code sur le contrat de mandat. Il est révocable au gré du mandant, il prend fin par la renonciation du mandataire, par la mort du mandant et par celle du mandataire. Art. 2003.

Le refus d'acceptation du mandat, la renonciation du mandataire après l'avoir accepté et même le décès de ce dernier ne privent pas la partie dans l'intérêt de laquelle l'élection de domicile a eu lieu, du droit de faire exercer au domicile élu toutes ses poursuites d'exécution forcée. Elle conserverait cette faculté même dans le cas où ces événements lui seraient notifiés, si la notification n'était pas accompagnée de l'indication d'un autre mandataire dans la même localité.

TITRE IV.

Des absents.

151. Le mot absent présente deux acceptions, l'une vulgaire, l'autre technique.

Dans le sens vulgaire, l'absent est celui qui n'est pas présent dans un lieu déterminé où sa présence est nécessaire, mais sur l'existence duquel on n'a aucun doute. En général, la simple non-présence d'un individu dans un lieu où un droit doit être exercé par lui ou contre lui, n'entraîne aucun effet juridique. Ce n'est que dans certaines circonstances particulières que la loi prescrit des mesures dans l'intérêt de cette personne. Art. 316, 819 et 840 c. civ. ; 928, 942 et 943 c. pr. civ.

Dans le sens technique, l'absent est celui qui a disparu de son domicile ou de sa résidence, et dont l'existence est devenue incertaine, par suite du défaut de nouvelles depuis un

temps plus ou moins prolongé. Le caractère fondamental de l'absence, c'est l'incertitude sur la vie ou la mort de la personne qui a disparu. Le législateur organise un système général de protection des intérêts de l'absent proprement dit, tant en ce qui concerne ses droits de famille, qu'en ce qui concerne le patrimoine qui lui appartient et qu'il a abandonné.

L'absence influe donc sur l'exercice des droits civils de l'absent. Art. 134. Sa place était naturellement marquée dans le premier livre du Code.

Le système du Code sur la matière de l'absence est à peu près entièrement nouveau, l'ancienne législation n'a été d'aucun secours aux rédacteurs de notre titre.

La matière de l'absence présente peu d'intérêt pratique. On se bornera à fixer les principes sur lesquels reposent les dispositions du Code.

152. Le commentaire du titre sera divisé ainsi :

CHAPITRE 1^{er}. — De l'absence relativement au patrimoine délaissé par l'absent.

SECTION 1^{re}. — De la période de présomption d'absence.

SECTION 2^e. — De la déclaration d'absence, de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, et du privilège accordé à l'époux présent commun en biens.

SECTION 3^e. — De l'envoi en possession définitif.

SECTION 4^e. — De la restitution des biens à la fin de l'absence.

CHAPITRE 2^e. — De l'absence quant aux droits ouverts au profit de l'absent depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles.

SECTION 1^{re}. — De la règle de l'art. 135.

SECTION 2^e. — De l'application de cette règle.

CHAPITRE 3^e. — De l'absence en ce qui concerne le mariage de l'absent.

CHAPITRE 4^e. — De l'absence quant à la surveillance des enfants mineurs de l'absent.

CHAPITRE 1^{er}. — DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU PATRIMOINE DÉLAISSÉ PAR L'ABSENT.

153. Les conséquences juridiques de l'absence, quant au patrimoine délaissé par l'absent, varient suivant que les probabilités de vie l'emportent sur celles de mort, ou les probabilités de mort sur celles de vie. La loi vise toujours à concilier, autant que possible, les intérêts de l'absent et ceux des personnes présentes, mais à mesure que la mort de l'absent devient de plus en plus vraisemblable, elle accorde plus de faveur aux intérêts des personnes présentes. C'est d'après ce point de vue qu'elle distingue, sous le rapport qui nous occupe ⁽¹⁾, trois périodes principales dans l'absence.

1^o Dans les premières années, après la disparition de l'absent ou la réception de ses dernières nouvelles, il est réputé plutôt vivant que mort, et les mesures prescrites pendant cette première période, qu'on appelle la *présomption d'absence*, ont principalement pour but la conservation de son patrimoine. Art. 112 à 114.

2^o Après l'écoulement d'un certain nombre d'années, qui varie suivant que l'absent a laissé ou non une procuration pour la gestion de ses biens, la présomption de vie cesse de l'emporter sur celle de mort; les personnes intéressées peuvent faire déclarer l'absence, et, par suite de cette déclaration, à partir de laquelle commence une seconde période, se faire envoyer *en possession provisoire des biens de l'absent*. Art. 115 à 128, 131 et 140.

3^o Enfin, lorsque cet état de choses a duré un certain temps, l'absent est réputé plutôt mort que vivant. Les intéressés peuvent alors faire convertir l'envoi provisoire *en un envoi définitif*, qui leur confère la propriété des biens de l'absent. Cette propriété est toutefois révocable; l'absent, ses descendants et même ses autres héritiers au jour de son

(1) Il n'y a de périodes diverses dans l'absence que quant aux biens qui appartiennent à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

décès prouvé, ont le droit de reprendre, mais dans l'état où ils trouvent, les biens qui sont encore entre les mains des envoyés en possession. Art. 129, 132 et 133.

Dans chacune de ces trois périodes, la présomption de mort résultant de l'absence remonte toujours, quant à ses effets, au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent.

SECTION 1^{re}. — De la période de présomption d'absence.

Art. 112 à 114.

154. Le présumé absent est celui dont l'existence est devenue incertaine, mais dont l'absence n'a pas encore été déclarée par une décision judiciaire.

On doit, en ce qui concerne les mesures à prendre pour l'administration du patrimoine du présumé absent, distinguer s'il a laissé ou non un mandataire général. Art. 112 et 122.

Dans le premier cas, le mandataire conserve l'administration du patrimoine du présumé absent. Si ce mandataire ne veut ou ne peut remplir sa mission, la situation est la même que si le présumé absent n'avait pas laissé de fondé de procuration.

Dans le second cas, c'est à la justice qu'il appartient de décider s'il y a incertitude sur l'existence de la personne disparue, et de juger, d'après les circonstances, s'il y a lieu de prendre des mesures dans l'intérêt de l'administration de son patrimoine, et quelles mesures. La question d'opportunité et le choix des mesures à prendre sont entièrement abandonnés à l'arbitrage des juges. Ils peuvent nommer un curateur à l'effet de gérer tout le patrimoine ou seulement quelques biens déterminés; mais ils ne peuvent jamais lui conférer que de simples pouvoirs d'administration. Art. 112.

Quelles personnes faut-il comprendre sous cette expression *parties intéressées*?

D'abord, et ce en vertu des principes généraux (art. 1180),

tous ceux qui ont des droits déjà nés à faire valoir sur le patrimoine du présumé absent. Tels sont les créanciers de l'absent, ses associés, ses consorts ou communistes, etc.

Ensuite, et ce par argument des art. 120 et 123, tous ceux qui avaient des droits éventuels sur le patrimoine de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Tels sont les héritiers présomptifs de l'absent, ses légataires ou ses donataires de biens à venir, etc.

155. L'art. 113 vise une hypothèse spéciale : celle où un présumé absent est intéressé dans les opérations auxquelles l'ouverture d'une succession ou la dissolution d'une société peut donner lieu. Il décide que le tribunal commettra un notaire à l'effet de représenter l'absent dans les inventaires, comptes, liquidations et partages. Il est évident que lorsque le présumé absent est représenté par un fondé de procuration qu'il a laissé ou par un curateur général que le tribunal a déjà désigné, la nomination d'un notaire n'a plus de raison d'être.

Pour qu'un présumé absent se trouve intéressé dans le règlement d'une succession et qu'ainsi il y ait lieu à la mesure autorisée par l'art. 113, il faut absolument supposer qu'il s'agit d'une succession *ouverte avant sa disparition ou le moment où il a donné de ses nouvelles pour la dernière fois*. D'après la disposition de l'art. 136, en effet, l'absent, présumé ou déclaré, n'est jamais appelé aux successions qui s'ouvrent depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. Les successions qui s'ouvriraient en sa faveur, si son existence était certaine, sont dévolues exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui les auraient recueillies à son défaut.

Ainsi donc, ce sont seulement les personnes dont l'existence n'est devenue incertaine qu'*après* l'ouverture de la succession, qui doivent être représentées, selon l'art. 113, à l'inventaire et au partage ; celles dont l'existence *au moment même* de l'ouverture de la succession est méconnue par les intéressés ne doivent ni ne peuvent être représentées. *Mon. Not.*, 1887, p. 145; 1889, p. 218; 1890, p. 324.

La question de savoir dans quelles formes la licitation et le partage dont il s'agit à l'art. 113 doivent être opérés sera examinée plus tard. Elle se représentera au titre de l'interdiction, à l'occasion de la licitation et du partage dans lesquels un aliéné colloqué non interdit est intéressé. *Mon. Not.*, 1891, p. 219.

156. La loi du 20 décembre 1823 dispose que tous ceux qui reçoivent des deniers appartenant à des présumés absents doivent les verser dans la caisse des consignations. *J. T.*, 1891, p. 943.

SECTION 2^e. — De la déclaration d'absence, de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, et du privilège accordé à l'époux présent commun en biens.

§ 1^{er}. — DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

Art. 115 à 119.

157. L'époque à partir de laquelle il est permis de provoquer la déclaration d'absence, varie suivant que l'absent a laissé ou non un mandataire général. Dans le premier cas, la demande ne peut être formée qu'après dix années, et dans le second, qu'après quatre années, à compter de la disparition de l'absent ou de la réception de ses dernières nouvelles. Art. 115 et 121.

La personne qui, avant de partir, a constitué un administrateur de son patrimoine, a montré par cela même l'intention de s'éloigner pour un temps assez long; son silence demeure explicable pendant une plus longue durée que celui de l'absent qui n'a pas pris une semblable mesure; il est vraisemblable qu'elle ne donne point de ses nouvelles, parce qu'elle sait que ses intérêts sont sauvegardés.

158. L'art. 115 désigne les personnes qui ont le droit de provoquer la déclaration d'absence sous le nom de *parties intéressées*. C'est l'expression que nous avons rencontrée dans

l'art. 112 et que nous avons expliquée. On ne saurait lui donner ici la même signification. C'est que la déclaration d'absence n'a d'autre but que d'amener à l'envoi en possession des biens de l'absent. Il n'y a donc que les personnes en faveur desquelles cet envoi en possession peut être prononcé qui aient un intérêt légal à provoquer la déclaration d'absence. Art. 120 et 123.

Quant aux personnes qui ont des droits déjà nés à exercer sur les biens de l'absent, comme ses créanciers, ils ont dans l'art. 112 une protection suffisante; ils n'ont aucun intérêt à provoquer la déclaration d'absence.

159. Le tribunal ne peut accueillir *de plano* la demande en déclaration d'absence; il doit préalablement ordonner l'enquête prescrite par l'art. 116. Le but de cette enquête est d'éclairer les magistrats sur la date de la disparition ou des dernières nouvelles, sur les motifs de l'absence et les causes qui ont pu la prolonger et empêcher l'absent de donner de ses nouvelles. Art. 117.

Le jugement de déclaration d'absence ne peut être rendu qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête. Art. 119. La déclaration d'absence ne peut donc jamais être prononcée au plus tôt que cinq ou onze années après la disparition ou les dernières nouvelles, selon la distinction faite par les art. 115 et 121.

Le jugement ordonnant l'enquête et le jugement de déclaration d'absence doivent être publiés par les soins du ministre de la justice. Art. 118. Le législateur espère ainsi que l'avis de la procédure suivie arrivera à la connaissance de l'absent.

§ 2°. — DE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE DU PATRIMOINE DE
L'ABSENT.

Art. 120 à 123, 125 à 128, 140.

160. Dès que l'absence est judiciairement déclarée, tous ceux qui avaient des droits éventuels de succession ab intestat vis-à-vis de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses

dernières nouvelles, et tous ceux qui avaient sur son patrimoine d'autres droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent se faire autoriser par le tribunal à les exercer provisoirement, sous la charge de faire dresser inventaire et de donner caution pour sûreté de leur administration.

Dans son sens général, l'expression *possession provisoire* des biens de l'absent, comprend non seulement l'exercice provisoire des droits de succession ab intestat dont il est question à l'art. 120, mais aussi l'exercice provisoire de tous autres droits éventuels dont il est question aux art. 123 et 140.

Si les intéressés (héritiers légitimes, successeurs irréguliers, légataires, héritiers contractuels, etc.) étaient vivants et capables au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, ils ont acquis le droit de demander l'envoi en possession provisoire, et s'ils viennent à mourir, ils le transmettent à leurs héritiers ou autres successeurs qui pourront le faire valoir *jure hæreditario*, comme tous les autres droits de leur auteur. P. 1843, II, 50.

161. L'art. 125 dit que la possession provisoire ne sera qu'un dépôt. Cette expression *dépôt* n'est point employée dans son sens technique; elle a simplement pour objet d'indiquer que les envoyés ne sont que des possesseurs précaires du patrimoine de l'absent, et que, par conséquent, ils ne peuvent pas prescrire contre lui. Art. 2236. Là se borne la ressemblance entre la situation des envoyés et celle d'un dépositaire.

Les envoyés en possession provisoire sont des administrateurs comptables et salariés des biens de l'absent. Art. 125 et 127.

Ce sont des *administrateurs*. Ils ont qualité pour faire seuls tous les actes qui rentrent directement dans l'administration des biens de l'absent. Art. 125. Dans le système du Code, ils ne pouvaient jamais faire d'actes de disposition des immeubles. Art. 128. Aujourd'hui l'art. 75, al. 2, de la loi hypothécaire leur permet d'hypothéquer les biens de l'absent, moyennant l'accomplissement des formalités prescrites pour l'hypothécation des biens des mineurs ou des interdits.

Ce sont des administrateurs *comptables*, comme le sont en principe tous les administrateurs de biens d'autrui. De là, les mesures prescrites ou autorisées par les art. 120, in fine, 123, in fine, et 126.

Ce sont des administrateurs *salariés*. Ils ont le droit d'user de ses biens et de profiter d'une quote-part de ses revenus. La loi a voulu, dans l'intérêt même de l'absent, engager ceux auxquels elle offre l'envoi en possession à en accepter les charges et la responsabilité. La portion des revenus allouée aux envoyés s'accroît au fur et à mesure que la probabilité du décès s'affermirait. Art. 127.

§ 3°. — DU PRIVILÈGE ACCORDÉ A L'ÉPOUX PRÉSENT COMMUN EN BIENS.

Art. 124.

162. L'art 124 établit un privilège en faveur de l'époux présent commun en biens. Il lui permet d'opter pour la continuation provisoire de la communauté et d'empêcher ainsi l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Selon le droit commun des art. 120 et 123, la communauté devrait être provisoirement dissoute et liquidée d'après sa consistance au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et l'époux présent serait traité de la même manière que les autres personnes qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent.

La loi autorise la continuation provisoire de la communauté afin d'amener cet heureux résultat que l'administration du patrimoine de l'absent ne soit pas morcelée entre un grand nombre de personnes, mais qu'elle soit concentrée dans les mains du principal intéressé, l'époux présent.

La loi n'accorde pas à tout époux présent le droit d'exiger le maintien provisoire de son régime matrimonial; elle ne l'accorde qu'à l'époux qui se trouve marié sous le régime de la communauté légale ou sous un régime de communauté conventionnelle. Si le régime matrimonial établi entre

l'absent et son conjoint est le régime exclusif de communauté, de séparation de biens ou le régime dotal, l'envoi en possession provisoire ne peut pas être empêché.

163. L'option de l'époux présent pour le maintien provisoire de la communauté a pour effet d'empêcher qu'il ne vienne de venir s'immiscer dans les affaires de l'absent; l'époux présent conserve, si c'est le mari, et il prend, si c'est la femme, l'administration des biens communs, dans les limites de l'art. 1421, et l'administration des biens propres de l'absent, dans les limites de l'art. 1428.

L'administration légale de l'époux présent est assujettie à certaines garanties dans l'intérêt de l'absent. Art. 126.

Cette administration est salariée comme celle des envoyés en possession provisoire, dans les mesures variables tracées par l'art. 127.

164. L'époux qui a opté pour la continuation provisoire de la communauté est toujours libre de rétracter son option. En agissant ainsi, il ne lèse aucun droit; il se borne à renoncer au bénéfice d'une disposition exceptionnelle pour revenir au droit commun. S'il use de cette faculté, la communauté sera provisoirement réputée dissoute du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et il fera valoir contre les héritiers présomptifs envoyés en possession provisoire tous les droits qu'il aurait eus à faire valoir au cas de décès de l'absent, sauf à donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

La femme qui a opté pour la continuation provisoire de la communauté conserve toujours, malgré sa gestion, le droit de renonciation établi par l'art. 1452. Ce droit, elle pourra l'exercer le jour où la communauté viendra à se dissoudre d'une manière provisoire ou définitive. Art. 124, al. 2.

SECTION 3^e. — De l'envoi en possession définitif.

Art. 127, al. 2, 129, 132 et 133.

165. L'envoi en possession définitif peut être demandé dans deux cas :

1° Lorsqu'il s'est passé trente années depuis l'envoi en possession provisoire ou depuis l'époque à laquelle a commencé l'administration légale du conjoint présent.

2° Lorsqu'il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent. Art. 129.

L'envoi en possession définitif ne doit pas toujours avoir été précédé de l'envoi en possession provisoire ; dès qu'il y a déclaration d'absence et que cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent, les intéressés peuvent conclure *de plano* à l'envoi en possession définitif.

L'envoi en possession définitif n'a jamais lieu de plein droit, dès l'expiration des délais légaux ; il doit toujours être demandé à la justice.

Les cautions fournies par les envoyés en possession provisoire, sont déchargées de plein droit à partir de l'époque à laquelle l'envoi en possession définitif peut être demandé. Cette décharge porte non seulement sur l'avenir, mais encore sur le passé. Art. 129.

166. Les personnes qui peuvent demander l'envoi en possession définitif sont :

1° Les héritiers présomptifs de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Même dans le cas où il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent, celui-ci est toujours réputé mort à partir de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ; dès lors ce sont ses héritiers à cette époque qui doivent être admis à demander l'envoi en possession définitif.

2° Les personnes qui, au cas du décès de l'absent, auraient acquis des droits à exercer sur tout ou partie de son patrimoine.

Les ayants-droit de l'art. 129 sont donc exactement les mêmes que ceux des art. 120 et 123.

167. Les envoyés définitifs doivent être considérés à trois points de vue.

A. Dans leurs rapports les uns avec les autres.

Tout envoi en possession, provisoire ou définitif, place les envoyés réciproquement dans la même situation que si la succession de l'absent était ouverte. L'art. 129 dispose que les

envoyés définitifs peuvent demander le partage des biens de l'absent. Mais il faut remarquer que le partage a pu être demandé dès l'envoi en possession provisoire, puisque les art. 120 et 123 appellent chacun des héritiers et successeurs de l'absent à exercer, divisément et pour sa part, les droits que le décès prouvé aurait ouverts à son profit.

B. Dans leurs rapports avec des tiers.

A l'égard des tiers, les envoyés définitifs doivent être considérés comme des *propriétaires incommutables des biens de l'absent*. Ils peuvent disposer de ses biens, à titre gratuit ainsi qu'à titre onéreux, sans aucune formalité, comme le ferait l'absent lui-même. S'il y a eu continuation provisoire de la communauté, cette continuation cesse et la communauté est réputée dissoute, non pas seulement du jour de l'envoi définitif, mais du jour de la disparition ou des dernières nouvelles. C'est d'après l'état des choses de cette époque qu'on devra en opérer la liquidation et le partage. L'époux présent gardera les fruits en tout ou en partie suivant les distinctions posées par l'art. 127.

C. Dans leurs rapports avec l'absent ou des ayants-droit.

Les envoyés définitifs gagnent nécessairement et toujours tous les fruits des biens de l'absent. Arg. de l'art. 127.

Quant aux biens eux-mêmes, ils sont tenus à restitution envers l'absent si celui-ci revient ou donne de ses nouvelles, ou envers ses héritiers véritables au jour de son décès, si on parvient à établir qu'il est mort à une époque déterminée. Le système de la loi est alors, d'une part, de ne rien laisser entre les mains des envoyés de ce qui forme le patrimoine de l'absent, et, d'autre part, de ne pas néanmoins les constituer en perte sur leur patrimoine personnel. Ils ne sont tenus que *quatenus locupletiores facti sunt*. Art. 132.

SECTION 4^e. — De la restitution des biens à la fin de l'absence.

Art. 130 à 132.

168. Il n'y a plus d'absence quand la vie ou la mort de l'absent est certaine.

Toutes les mesures autorisées par la loi et ordonnées par la justice cessent immédiatement. Cependant lorsque l'absent se borne à donner de ses nouvelles sans reparaitre et sans constituer de mandataire, le tribunal peut encore être appelé à pourvoir à l'administration provisoire de son patrimoine. Art. 131.

Si l'absent reparait ou si son existence est prouvée, soit pendant l'envoi provisoire, soit depuis l'envoi définitif, ses biens doivent lui être rendus conformément aux dispositions des art. 125 et 132. Il n'y a pas de prescription possible contre l'absent au profit des envoyés même définitifs. Art. 2236.

Si le décès de l'absent, à une époque déterminée, vient à être établi, c'est aux héritiers de l'absent, au jour de son décès prouvé, que son patrimoine doit revenir, et si ce ne sont pas ces héritiers qui ont obtenu l'envoi en possession, il y a lieu à une action en pétition d'hérédité de leur part contre les envoyés. Art. 130. Cette action en pétition d'hérédité se prescrit par trente ans, à compter du décès de l'absent. Art. 2262.

CHAPITRE 2^e. — DE L'ABSENCE QUANT AUX DROITS OUVERTS AU PROFIT DE L'ABSENT DEPUIS SA DISPARITION OU SES DERNIÈRES NOUVELLES.

SECTION 1^{re}. — De la règle de l'art. 135.

169. Celui qui réclame un droit quelconque du chef d'une autre personne, comme son représentant ou son ayant-cause, est tenu de prouver l'existence de cette personne à l'époque de l'ouverture du droit dont il s'agit. S'il ne fait pas cette preuve, sa demande ne peut être admise. Art. 135.

Cette disposition de l'art. 135 est la résultante de deux principes généraux : Pour acquérir des droits, il faut exister. Art. 725 et 926. *Actori incumbit probatio ; actore non probante absolvitur reus.* Art. 1315.

De là, la règle que nul n'est recevable à faire valoir des droits prétendument ouverts au profit d'un absent *depuis* sa disparition ou ses dernières nouvelles. A cet égard, il n'y a pas de distinction à établir entre le cas de l'absence déclarée et celui de l'absence simplement présumée. Aussi le texte de l'art. 135 s'applique-t-il à *toute personne dont l'existence n'est pas reconnue*, c'est-à-dire à toute personne dont l'existence est devenue incertaine. Jurisp. Liège, 1888, p. 753.

On sait que l'art. 113 suppose, lui, une succession ouverte au profit de l'absent *avant* sa disparition ou ses dernières nouvelles; c'est dans cette hypothèse seulement qu'on peut dire de ce dernier qu'il se trouve intéressé dans la succession.

SECTION 2^e. — De l'application faite par les art. 136 à 138 de la règle de l'art. 135.

170. Lorsqu'il s'ouvre une succession à laquelle se trouve appelé un individu dont l'existence est déjà incertaine à ce moment, la dévolution en a lieu de la même manière que s'il était décédé. Elle revient donc soit aux cohéritiers de l'absent, soit aux héritiers du degré ou de l'ordre subséquent. Art. 136.

Les personnes qui recueillent ainsi l'hérédité à défaut de l'absent ne sont point tenues ni de faire inventaire dans l'intérêt de l'absent, ni de fournir caution pour la restitution éventuelle des biens héréditaires, ni de faire reconnaître leur titre par une décision judiciaire. L'art. 136 ne les soumet à aucune formalité, ni à aucune mesure de garantie en faveur de l'absent. Jurisp. Liège, 1888, p. 753.

171. La dévolution qui s'opère au profit des héritiers présents n'est pas irrévocable. L'absent, lorsqu'il vient à reparaître, ou ses ayants-droit, lorsqu'ils parviennent à prouver son existence au moment de l'ouverture de la succession, sont autorisés à réclamer la restitution de l'hérédité dont il a été exclu. Art. 137.

L'action en pétition d'hérédité qui leur compète à cet effet se prescrit par trente ans, à partir de l'ouverture de la succession. Art. 2262. Ceux qui ont recueilli l'hérédité à l'exclusion de l'absent peuvent prescrire contre lui, car ils ne sont pas à son égard des possesseurs précaires.

L'art. 138 applique à ceux qui ont recueilli une succession à défaut d'un absent le principe général, d'après lequel le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Art. 549. Il abroge ainsi l'ancienne règle romaine : *fructus augent hereditatem*. La bonne foi dont il s'agit à l'art. 138 consiste dans l'ignorance de la vie de l'absent.

172. Quelle est la position de l'absent qui reparait, ou de ses ayants-droit qui justifient de son existence à l'époque de l'ouverture de la succession, vis-à-vis des actes d'administration et des actes d'aliénation qui ont été consentis par l'héritier apparent au profit de tiers de bonne foi? Sont-ils obligés de les respecter?

La question ne souffre aucune difficulté quant aux actes d'administration. Il résulte, en effet, de l'art. 136 que l'héritier apparent possède légalement la succession; dès lors, il a aussi légalement qualité pour l'administrer.

La question est vivement controversée quant aux actes de disposition. La loi ne l'a tranchée par aucun texte exprès; il faut donc la résoudre d'après les principes généraux.

Or, d'une part, l'héritier apparent n'est propriétaire que sous condition résolutoire. Il est propriétaire, sans doute, en vertu de la dévolution opérée par l'art. 136; mais il ne l'est que sous réserve de l'action en pétition d'hérédité au profit de l'absent ou de ses ayants-droit, l'art. 137 déclarant expressément que la dévolution admise par l'art. 136 ne s'est faite que sous cette réserve.

D'autre part, *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Art. 109 de la loi hypothécaire.

La conséquence de ces principes est que l'héritier apparent n'a pu transférer à autrui que des droits résolubles, et que l'événement qui produit la résolution de son droit, entraîne nécessairement, par voie de conséquence, la résolution des

droits qu'il a lui-même consentis sur les biens héréditaires.

Le législateur aurait pu déroger ici à ces principes, comme il l'a fait dans l'art. 132 en faveur des tiers qui ont traité avec les envoyés définitifs. Mais dès lors qu'il ne l'a pas fait, l'interprète doit maintenir l'application du droit commun. Un simple argument *a pari* ne suffit pas pour étendre une disposition exceptionnelle comme celle de l'art. 132.

L'absent ou ses ayants-droit pourront donc agir en revendication contre tout détenteur de leurs biens, à moins que ce détenteur n'en ait acquis la propriété par prescription. D. 1886, I, 310.

173. Il peut arriver que les cohéritiers d'un absent aient agi comme si son existence était encore certaine au jour de l'ouverture de la succession, qu'ils aient consenti à la nomination d'un notaire chargé de le représenter à l'inventaire et au partage, ou qu'ils aient laissé ses ayants-droit (les envoyés en possession de ses biens) venir avec eux au partage de l'hérédité. On se demande en pareil cas si ces cohéritiers de l'absent, qui n'ont pas méconnu son existence, ont encore le droit de reprendre les biens qu'ils ont laissé recueillir par d'autres en son nom ?

L'affirmative paraît certaine. Mais il leur incombera d'établir que leur conduite a été le résultat d'une erreur, que l'existence de l'absent était déjà incertaine à l'époque de l'ouverture de la succession dont il s'agit. *Mon. Not.* 1887, p. 145; J. T. 1891, p. 943.

CHAPITRE 3°. — DE L'ABSENCE EN CE QUI CONCERNE LE MARIAGE DE L'ABSENT.

Art. 139.

174. L'absence la plus longue n'a jamais pour effet de dissoudre le mariage de l'absent. Art. 227. Elle n'autorise donc pas l'époux à contracter une nouvelle union. Art. 147. La nature même du mariage ne permet pas plus de le dissoudre provisoirement que de le contracter provisoirement.

Mais il peut arriver en fait, par erreur ou par fraude, que l'époux présent ait convolé en secondes noces, soit après la déclaration d'absence, soit même pendant la période de présomption d'absence. Ce second mariage est-il annulable ? Cela dépend semble-t-il : si au moment de la célébration l'absent était décédé, le mariage est valable ; si, au contraire, l'absent vivait encore, le mariage est annulable pour cause de bigamie. Mais il est précisément impossible de dire que l'on est dans l'une ou l'autre hypothèse tant que l'absence dure. De là, la disposition de l'art 139. Cet article décide que le second mariage ne peut être attaqué que par l'époux *absent* ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence, ce qui revient à dire que *tant que dure l'absence*, le mariage est inattaquable.

Mais l'art. 139 n'est plus applicable dès que l'état d'absence a cessé, de quelque manière que ce soit, quand même ce ne serait pas par le retour de l'absent ; il suffit que l'existence de l'absent au moment de la célébration du second mariage soit établie, pour qu'on rentre dans le droit commun des art. 184 et suiv.

Le système de l'art. 139 est donc celui-ci :

Le conjoint de l'absent ne peut pas se remarier, parce que l'on n'est pas sûr que l'absent est mort.

Seulement, s'il s'est remarié malgré la prohibition légale, son mariage ne peut pas être attaqué tant que dure l'absence parce que l'on n'est pas sûr que l'absent est vivant.

175. La femme dont le mari est absent n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est atteinte en qualité de femme mariée. Art. 222.

Quid si la femme a néanmoins contracté sans l'autorisation du juge ? Peut-elle obtenir l'annulation du contrat qu'elle a fait ?

On dit généralement qu'elle ne le peut qu'à la condition de prouver l'existence de son mari à l'époque de la formation de ce contrat, ce qui revient à dire qu'elle ne le peut pas puisqu'on lui impose une preuve impossible à faire.

Voici comment on raisonne. La femme est demanderesse

en nullité ; à ce titre, elle doit prouver le fondement de sa demande. Or, ce n'est pas le fait qu'elle a été mariée à une époque quelconque, qui forme la base de son action ; c'est le fait qu'elle était encore femme mariée au jour où elle a contracté ; elle doit donc établir la non-dissolution de son mariage en justifiant de l'existence actuelle de son mari. D. 1890, I, 119.

Ce système n'a qu'un seul défaut, celui de ne pas tenir compte de l'art. 222 qui maintient expressément l'incapacité de la femme dont le mari est absent. D'après la combinaison de cet article avec les art. 217 et 225, il suffit que la femme rapporte la preuve de la célébration de son mariage et qu'elle établisse que son mari était *absent* au jour où elle a contracté, pour qu'elle réussisse dans sa demande en nullité. D. 1883, I, 251.

CHAPITRE 4^e. — DE L'ABSENCE QUANT A LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DE L'ABSENT.

Art. 141 à 143.

176. Les art. 141 à 143 organisent la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu, en attribuant à la mère présente l'exercice de l'autorité paternelle, et en organisant une tutelle provisoire quand la mère est décédée lors de la disparition du père ou vient à décéder dans la suite.

Lorsque la mère est présente, elle dirige l'éducation des enfants et elle administre leurs biens, en vertu de l'autorité paternelle. Art. 141. Ce n'est pas une tutelle qu'elle gère, car la tutelle ne peut s'ouvrir qu'après le décès prouvé du père ou de la mère. Art. 390. C'est la puissance paternelle qu'elle exerce, car la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère, et la mère en a l'exercice toutes les fois que le père ne peut l'exercer lui-même. Art. 372 et 373.

Lorsque la mère est morte ou absente elle-même, la sur-

veillance de la personne et des biens des enfants est déferée par le conseil de famille à l'ascendant le plus proche, et à défaut d'ascendant, à un tiers quelconque. Art. 142 et 143. C'est alors une véritable tutelle provisoire qui est gérée par le délégué du conseil de famille.

Il y a intérêt à distinguer l'exercice de l'autorité paternelle dont il est question à l'art. 141, de l'exercice de l'autorité tutélaire organisée par les art. 142 et 143. La mère qui exerce la puissance paternelle n'est assujettie à aucune hypothèque légale, et elle n'est pas soumise à la surveillance d'un subrogé-tuteur. Il en est autrement du délégué du conseil de famille, qui exerce l'autorité tutélaire.

TITRE V.

Du mariage.

177. Le mariage est le contrat solennel par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une communauté absolue d'existence.

Si le mariage a généralement en vue la fondation d'une famille nouvelle, au moins n'est-ce pas son but essentiel, et ce contrat existerait dans des hypothèses où la procréation ne pourrait pas entrer dans les espérances des époux.

Le mariage est un contrat; il faut donc, pour sa formation, le concours du consentement des futurs époux; c'est là un élément essentiel à tout contrat. Mais le mariage diffère des contrats ordinaires dont il est question aux art. 1101 et suiv., par sa solennité et par son objet. Il est un contrat solennel, c'est-à-dire que le simple consentement des parties ne suffit point pour le former. Art. 75. Il est d'ordre purement moral; son objet est l'union des personnes.

Il ne faut pas confondre le *mariage* avec le *contrat de mariage*. On appelle contrat de mariage le contrat qui règle l'association conjugale *quant aux biens*. Art. 1387.

178. A la différence de l'ancien droit, le Code ne considère le mariage que comme un contrat civil. Ce contrat est toujours le même, quelles que soient les convictions religieuses des futurs époux ; il se forme et se dissout suivant les seules règles données par la loi civile. D. 1888, I, 97.

Aux yeux du droit civil, le mariage religieux ne peut produire aucun effet, et le mariage civil produit tous ses effets, lors même qu'il n'est pas accompagné du mariage religieux (1).

179. Le commentaire du titre sera divisé en six chapitres :

CHAPITRE 1^{er}. — Des conditions de fond et de forme du mariage. Art. 144 à 171.

CHAPITRE 2^e. — Des oppositions au mariage. Art. 172 à 179

CHAPITRE 3^e. — De l'inexistence et de l'annulabilité du mariage. Art. 180 à 193, 201 et 202.

CHAPITRE 4^e. — De la preuve du mariage. Art. 194 à 200.

CHAPITRE 5^e. — Des droits et des devoirs qui naissent du mariage. Art. 203 à 226.

CHAPITRE 6^e. — De la dissolution du mariage. Art. 227 et 228.

CHAPITRE 1^{er}. — DES CONDITIONS DE FOND ET DE FORME DU MARIAGE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des diverses espèces de conditions.

SECTION 2^e. — Des conditions de fond.

§ 1^{er}. — De la puberté des futurs époux.

§ 2^e. — Du consentement des époux.

§ 3^e. — De la prohibition de la bigamie.

§ 4^e. — De la majorité matrimoniale et de l'habilitation nécessaire au mineur.

(1) Ce n'est pas à dire que l'époux qui avait promis le mariage religieux et qui manque à sa promesse, ne s'expose point à une action en divorce ou en séparation de corps, pour injure grave envers son conjoint. Voir infra le titre du divorce.

- I. — Du cas où le futur époux est enfant légitime.
- II. — Du cas où le futur époux est enfant illégitime.
- § 5^e. — De l'acte respectueux.
- I. — Des cas dans lesquels cet acte est nécessaire.
- II. — Des règles qui doivent être observées.
- § 6^e. — De la prohibition de l'inceste.
- I. — De la parenté et de l'alliance.
- II. — Des empêchements au mariage résultant de la parenté ou de l'alliance.
- § 7^e. — De quelques conditions particulières.
- SECTION 3^e. — Des conditions de forme.
- § 1^{er}. — Du mariage du belge en Belgique.
- I. — Des formalités préliminaires.
- A. — Des publications de mariage.
- B. — Des pièces à produire.
- II. — De la célébration du mariage.
- A. — De l'officier compétent.
- B. — Des formalités de la célébration.
- § 2^e. — Du mariage du belge en pays étranger.
- I. — Du mariage entre deux belges ou entre un belge et une étrangère.
- II. — Du mariage entre une belge et un étranger.
- Appendice. — Du mariage de l'étranger en Belgique.

SECTION 1^{re}. — Des diverses espèces de conditions.

180. Les conditions exigées en matière de mariage sont les unes de fond et les autres de forme. Le Code s'occupe des premières aux art. 144 à 164, et des secondes aux art. 63 à 75 et 165 à 171.

Toutes les conditions indistinctement doivent être rangées en trois catégories.

I. Les unes constituent des éléments d'*existence du mariage*. L'absence de l'une d'elles empêche absolument le mariage de se former; il n'y a alors de mariage qu'en apparence; en réalité le mariage est inexistant.

Ces conditions sont :

1° La différence de sexe entre les contractants.

2° Le consentement des époux, c'est-à-dire l'engagement de se prendre respectivement pour mari et pour femme. Art. 146. Là où il n'y a pas de consentement du tout, il ne peut pas y avoir de contrat.

Le rapprochement des art. 146 et 180 montre que le Code a nettement distingué entre les conditions d'existence et les conditions de validité du mariage. L'art. 146 vise le cas où il y a eu défaut absolu de consentement; l'art. 180 vise le cas où il y a eu consentement, mais un consentement infecté de certains vices. Décider, comme fait l'art. 146, qu'il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement, c'est dire que le mariage n'existe pas aux yeux de la loi, qu'il est inexistant. D. 1888, I, 161.

Si l'un des époux se trouve dans une situation telle qu'il ne sait manifester son consentement au moment du mariage (par suite de folie, d'ivresse complète, etc.), il ne peut y avoir là que l'apparence du mariage, l'un des éléments essentiels faisant complètement défaut.

3° La célébration du mariage par un officier de l'état civil.

La différence est grande entre le mariage et ceux des contrats pécuniaires que la loi déclare solennels par exception aux principes généraux. Pour les contrats pécuniaires, la solennité consiste toujours dans la passation d'un acte notarié; on dit alors que la passation de cet acte est requise *non ad probationem sed ad solemnitatem*. Pour le mariage, la solennité consiste uniquement dans la célébration par un officier de l'état civil. Sans doute, l'art. 75 ordonne à l'officier de dresser un acte du mariage, mais il ne le lui ordonne qu'au point de vue de la preuve; l'acte de mariage n'est dressé que *ad probationem*. Art. 194 et suiv.

En supposant qu'un des époux meure subitement après le prononcé de l'union et avant la rédaction de l'acte, le mariage n'en existerait pas moins et produirait tous ses effets moraux et pécuniaires.

Le troisième élément essentiel du mariage consiste seu-



lement dans la célébration par un officier de l'état civil, sans qu'il y ait d'ailleurs à examiner si cet officier est compétent. La compétence de l'officier de l'état civil n'est requise que pour la validité du mariage.

II. D'autres conditions sont nécessaires seulement pour la *validité du mariage*. Si l'une d'elles vient à faire défaut, le mariage existe juridiquement, mais il est entaché de nullité, et la justice peut être appelée à l'annuler.

Ces conditions sont :

1° La puberté. Art. 144.

2° La liberté du lien antérieur. Art. 147.

3° La majorité quant au mariage ou le consentement des parents déterminés par la loi. Art. 148 à 150, 158 à 160.

4° L'absence de parenté ou d'alliance au degré prohibé, entre les époux. Art. 161 à 164.

5° L'absence de certains vices dans le consentement des époux. Art. 180.

6° La compétence de l'officier de l'état civil. Art. 165 et 191.

7° La publicité de la célébration. Art. 165 et 191.

III. Enfin, d'autres conditions ne sont requises ni pour l'existence ni même pour la validité du mariage; elles ne sont nécessaires qu'en vue de la *célébration du mariage* par l'officier de l'état civil. L'absence de l'une d'elles peut et doit motiver de la part de l'officier le refus de procéder à la célébration; mais le mariage, une fois célébré, ne peut être attaqué en nullité de ce chef.

181. L'absence d'une des conditions légales du mariage constitue ce qu'on appelle un empêchement au mariage. On divise les empêchements au mariage en *dirimants* et en *prohibitifs*.

L'empêchement dirimant (*dirimere*, briser) est celui qui tout ensemble met un obstacle légal à la célébration du mariage et constitue une cause d'annulation du mariage lorsque l'obstacle a été franchi.

L'empêchement prohibitif est celui qui met un obstacle légal à la célébration du mariage, mais qui n'a pas assez de

puissance pour le faire annuler si, de fait, le mariage a été célébré au mépris de l'empêchement.

L'empêchement dirimant fait donc obstacle à la célébration du mariage et à sa validité; l'empêchement prohibitif ne fait obstacle qu'à la célébration du mariage mais non à sa validité.

182. On distingue encore les empêchements *absolus* et les empêchements *relatifs*.

Les empêchements absolus sont ceux qui mettent obstacle à tout mariage quelconque.

Les empêchements relatifs sont ceux qui empêchent seulement le mariage entre certaines personnes ou le mariage d'une personne déterminée.

SECTION 2^e. — Des conditions de fond.

§ 1^{er}. — DE LA PUBERTÉ DES ÉPOUX.

Art. 144.

183. L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. Cet âge est exigé comme preuve de la puberté, pour empêcher les unions prématurées dont l'influence est si funeste aux époux et aux enfants. Il est exigé encore comme gage de la maturité d'esprit des conjoints; il faut qu'ils comprennent la gravité de l'acte qu'ils posent et qu'ils soient en état de diriger une famille.

La règle de l'art. 144 n'est pas absolue. Il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves. Arrêté du 5 janvier 1864.

§ 2^e. — DU CONSENTEMENT DES ÉPOUX.

Art. 146 et 180.

184. Un consentement quelconque suffit pour l'existence du mariage. Art. 146. Un consentement non vicié par l'erreur ou la violence est nécessaire pour sa validité. Art. 180.

Dans les contrats pécuniaires il y a trois vices du consentement, l'erreur, la violence et le dol. Art. 1109 à 1118. En matière de mariage, le Code ne reconnaît que deux vices du consentement, l'erreur dans la personne et le défaut de liberté. Art. 180.

Le dol comme tel n'est pas une cause de nullité du mariage, quand même les manœuvres frauduleuses pratiquées par l'une des parties auraient été telles que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. Le législateur a considéré qu'une pareille cause d'annulation aurait été très dangereuse. Les manœuvres dolosives ont toujours un caractère assez vague; et puis, en matière de mariage on est souvent trompé ! La stabilité du mariage aurait été compromise au grand préjudice de l'ordre social. Déjà dans l'ancien droit c'était un adage qu'en *mariage trompe qui peut*.

185. La violence, c'est-à-dire tout fait de contrainte de nature à forcer une personne à accepter un contrat auquel elle ne consentirait pas si elle était livrée à elle-même, constitue un vice du consentement en matière de mariage comme en matière de contrats pécuniaires.

Le législateur se borne à poser le principe à l'art. 180 ; il n'y détermine pas les caractères que doit présenter la violence morale pour être une cause d'annulation du mariage ; il s'en réfère à la théorie générale formulée au titre des contrats. Art. 1111 à 1114.

Il suit de là : qu'on ne peut admettre comme constitutif de violence qu'un fait grave, susceptible de faire impression sur une personne raisonnable ; que la simple crainte révérentielle, la condescendance pour la volonté de la famille, ne constituent pas une violence véritable ; enfin, que s'il y a violence, elle vicie toujours le mariage, peu importe de quelle personne elle émane.

Le consentement donné par séduction n'est pas un consentement forcé ; bien au contraire. Le mariage qui a lieu dans cette circonstance est parfaitement valable.

186. Le second vice du consentement est l'erreur dans la personne.

La théorie générale de l'erreur en matière de contrats pécuniaires, art. 1110, ne peut recevoir aucune application en matière de mariage. Le législateur a formulé en quelques mots à l'art. 180 les règles de la théorie de l'erreur en matière de mariage ; c'est là seulement qu'il faut les chercher. Il exige que l'erreur porte sur la personne même pour qu'elle soit considérée comme un *vice du consentement*, et il n'admet point que l'erreur sur la personne puisse jamais être considérée comme *exclusive du consentement*.

Il n'y a erreur dans la personne que lorsqu'on se trompe sur l'*identité physique ou civile* de la personne qu'on épouse.

Il y a erreur dans la personne physique, lorsqu'on épouse une personne qui physiquement n'est pas celle que l'on croit épouser. C'est le cas bien rare de la substitution d'une personne à une autre sous le voile nuptial.

Il y a erreur dans la personne civile, lorsqu'on épouse une personne qui civilement n'est pas celle que l'on croit épouser. La personne que l'on épouse est bien physiquement celle que l'on veut épouser, mais on se trompe sur sa personnalité civile. On la croit fille légitime de telle famille ; en réalité elle ne se rattache pas à la famille dont elle a usurpé le nom.

187. L'art. 180 ne fait pas de distinction entre l'erreur qui porte sur la personne physique et l'erreur sur la personne civile, mais il n'admet aucune autre erreur que celles-là. Telle était d'ailleurs la doctrine de Pothier, et cette doctrine traditionnelle a été formellement rappelée par Portalis dans l'exposé des motifs de notre titre.

Ainsi l'erreur qui ne porte que sur une ou plusieurs des *qualités* physiques, civiles, morales ou religieuses de la personne ne constitue pas un vice du consentement aux yeux de la loi ; elle ne peut donc servir de cause de demande en nullité du mariage. On croyait cet homme apte à engendrer, il est impuissant. On le croyait enfant légitime et belge, il est enfant naturel et étranger. On croyait cette femme vierge, elle s'est prostituée. On la croyait catholique, elle est juive. L'erreur sur de simples qualités n'est jamais un vice du

consentement en matière de mariage; nous le décidons ainsi d'une manière absolue, alors même que cette erreur serait le résultat de manœuvres frauduleuses du conjoint.

On comprend très bien que le législateur n'ait pas admis l'erreur sur les qualités comme une cause de nullité du mariage. Ç'aurait été ouvrir la carrière à des interprétations périlleuses; ç'aurait été exposer à des attaques fréquentes le contrat qui doit être le plus stable de tous. P. 1888, III, 233.

§ 3°. — DE LA PROHIBITION DE LA BIGAMIE.

Art. 147.

188. L'art. 147 consacre le principe de la monogamie; on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. La bigamie est un crime, et le second mariage est entaché de nullité. Art. 184 c. c., et 391 c. pén.

Un premier mariage non dissous, même quand il est nul et tant que la nullité n'en a pas été prononcée par les juges, forme un empêchement à la célébration d'un second mariage avec un conjoint différent. Mais si le second mariage est néanmoins contracté, ce second mariage devient définitivement valable lorsque les époux obtiennent l'annulation du premier.

189. Autrefois les promesses de mariage constituaient un contrat spécial, le contrat de fiançailles, et formaient un empêchement prohibitif à tout mariage avec un autre que le fiancé. Le Code n'a pas conservé de caractère juridique aux fiançailles, c'est-à-dire aux promesses de mariage.

Le principe que le consentement, en matière de mariage, ne peut être donné qu'au moment même de la célébration, et doit être, en ce moment, dégagé de toute espèce de contrainte, commande de décider que les promesses de mariage n'ont aucune force obligatoire et que dès lors leur inexécution ne peut donner lieu à l'application des art. 1142 et 1149, ni faire encourir les pénalités civiles qui y auraient été stipulées. Art. 1133 et 1227.

Si l'inexécution d'une promesse de mariage ne peut constituer une faute contractuelle, aux termes des art. 1133 et 1227, elle peut, suivant les circonstances, constituer l'un des éléments d'une faute délictuelle et donner ainsi à la personne lésée le droit de demander en vertu de l'art. 1382, la réparation du préjudice matériel et moral qu'elle a éprouvé. P. 1891, III, 267.

§ 4°. — DE LA MAJORITÉ MATRIMONIALE ET DE L'HABILITATION
NÉCESSAIRE AU MINEUR.

190. D'une part, la majorité quant au mariage ne concorde pas toujours avec la majorité ordinaire qui a lieu à vingt et un ans. D'autre part, l'habilitation nécessaire aux personnes qui n'ont pas atteint la majorité matrimoniale est réglée par une théorie propre à notre matière.

Pour embrasser tous les détails de nos art. 148 à 150 et 158 à 160, il faut faire de nombreuses distinctions. Il faut d'abord distinguer suivant que le futur époux est enfant légitime ou enfant naturel.

I. — *Le futur époux est enfant légitime.*

Art. 148 à 150 et art. 160.

A. — *De la majorité matrimoniale.*

191. Pour les garçons, la majorité matrimoniale varie suivant qu'ils ont ou non des ascendants en état de manifester leur volonté. S'ils ont des ascendants, leur majorité matrimoniale est fixée à vingt-cinq ans; s'ils n'en ont point, leur majorité matrimoniale a lieu à vingt-un ans, comme la majorité ordinaire.

Pour les filles, la majorité matrimoniale ne varie pas; elle concorde toujours avec la majorité ordinaire.

Le législateur, en établissant une majorité spéciale pour le mariage des fils de famille, a voulu les protéger contre les dangers de leur inexpérience et l'entraînement de leurs passions. Il est revenu à la majorité ordinaire pour les jeunes

gens qui n'ont plus d'ascendants, parce qu'il n'a pas cru à la sollicitude désintéressée des parents collatéraux.

On a dit pour expliquer la différence faite par le législateur entre les garçons et les filles que celles-ci deviennent plus promptement nubiles, et que l'âge où il leur est difficile de se marier convenablement survient aussi plus vite. Il importait donc de les rendre plus tôt les arbitres de leur propre sort.

B. — De l'habilitation nécessaire au mineur.

1° L'enfant a des ascendants.

a. Par quels ascendants le consentement doit-il être donné ?

192. Il résulte de la combinaison des art. 148, 149 et 150 que le législateur n'a pas conféré le droit de consentir au mariage aux ascendants pris dans leur ensemble, mais au contraire aux ascendants du degré le plus rapproché et à l'exclusion des autres. Si donc ce degré nous donne des ascendants paternels et maternels, ils devront être consultés les uns et les autres, mais les ascendants des degrés plus éloignés seront écartés. Si dans ce degré, il n'y a d'ascendants que d'un côté, ces ascendants seront seuls consultés ; les ascendants plus éloignés des deux lignes seront écartés.

193. L'enfant a-t-il ses père et mère, il faut les consulter l'un et l'autre ; les enfants ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Mais la prépondérance appartenant au mari dans le ménage, la loi décide que son avis prévaudra ; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. Art. 148.

Il faut toujours que la mère soit consultée comme le père ; ce n'est qu'en cas de *dissentiment* que le consentement du père suffit. L'officier de l'état civil doit donc refuser de célébrer le mariage tant qu'il n'a pas la preuve authentique que la mère a été consultée. La manière la plus simple

d'obtenir cette preuve est de notifier à la mère un acte respectueux. Arg. de l'art. 154.

Si l'un des père et mère est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. Art. 149.

194. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent. Art. 150. L'ordre successif est ici sous-entendu; les bisaïeuls et bisaïeules ne sont appelés à donner leur consentement qu'à défaut d'aïeuls et d'aïeules, de même que les aïeuls et aïeules ne sont appelés qu'à défaut de père et mère.

Les ascendants au second degré peuvent être au nombre de quatre : deux dans la ligne paternelle et deux dans la ligne maternelle, dans chacune le grand-père et la grand-mère. Faut-il le consentement de tous les ascendants au second degré ? S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes paternelle et maternelle, ce partage emportera consentement. Il n'y a pas à faire prévaloir ici la ligne paternelle sur la ligne maternelle.

195. La prérogative de consentir au mariage de l'enfant mineur est essentiellement distincte de la puissance paternelle et de la puissance tutélaire. Notamment, l'art. 149 s'applique à la mère remariée qui n'a pas été maintenue dans la tutelle de son enfant.

Le consentement est de la part des ascendants un acte d'autorité dont ils sont les seuls juges, et contre lequel il n'y a aucune voie de recours.

196. Le consentement des ascendants doit exister au moment de la célébration du mariage. C'est à ce moment même que le mineur contracte, c'est donc à ce moment même qu'il doit être habilité.

Le consentement qui a été donné par anticipation peut être rétracté par l'ascendant tant que le mariage n'a pas eu lieu. Il tombe si l'ascendant duquel il émane vient à mourir avant la célébration du mariage.

b. En quel forme le consentement doit-il être donné ?

197. Le consentement ne peut être donné que de deux manières :

Soit de vive voix, à l'instant même de la célébration du mariage, par une déclaration faite à l'officier de l'état civil. Celui-ci doit en faire mention dans l'acte de mariage. Art. 76, 4°, et 156.

Soit par écrit, dans un acte authentique antérieur à la célébration du mariage. Cet acte doit être fait avec les indications prescrites par l'art. 73. Il doit contenir notamment les nom, prénoms, profession et domicile de la personne avec laquelle l'enfant veut se marier.

198. En principe, les notaires ont seuls qualité pour authentifier les actes que l'on passe en Belgique. Art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse an XI. Par exception, en cas d'indigence, l'acte de consentement peut être dressé par l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et cela sans assistance de témoins. Art. 4 de la loi du 16 août 1887 (1).

En principe, lorsque l'acte de consentement est passé en pays étranger, il doit être dressé par les autorités compétentes pour l'authentifier d'après les lois de ce pays. *Locus regit actum*. Par exception, en cas d'indigence il peut être dressé par les agents diplomatiques ou consulaires de Belgique. Art. 4 de la loi du 16 août 1887.

2° L'enfant n'a aucun ascendant.

199. S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules ou s'ils sont tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils et filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. Art. 160.

(1) Chambre des représentants *Annales parlementaires*. Session de 1886-1887, p. 1524.

Ce conseil de famille sera constitué suivant les règles données au titre de la tutelle.

200. Le consentement du conseil de famille est constaté par une expédition de la délibération. Cette expédition doit contenir les énonciations déterminées par l'art. 73.

II. — *Le futur époux est enfant naturel.*

Art. 158 et 159.

201. Il faut distinguer entre l'enfant qui a été reconnu et celui qui n'a pas été reconnu ou qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté.

202. L'enfant naturel reconnu se trouve vis-à-vis de ses père et mère dans la même situation qu'un enfant légitime. Les dispositions contenues aux art. 148 et 149 sont applicables aux enfants naturels reconnus. Art. 158. La reconnaissance rattache l'enfant au père et à la mère qui l'ont reconnu, et ces derniers acquièrent sur lui, quant au mariage, les pouvoirs qui appartiennent aux père et mère légitimes. Ces pouvoirs n'appartiennent qu'à celui des parents qui a reconnu l'enfant; si l'enfant a été reconnu par le père et la mère, la prépondérance appartient au père.

L'art. 158 ne renvoie pas à l'art. 150. C'est qu'il n'existe entre l'enfant naturel et les parents de ses père et mère aucun lien légal de parenté de nature à conférer les avantages attachés à la parenté légitime. Or, dans le système de notre titre, la nécessité de l'autorisation des aïeuls et aïeules est une mesure de protection pour l'enfant légitime.

203. L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne peut, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur nommé spécialement pour cet objet. Art. 159.

Qui doit nommer ce tuteur *ad hoc*? La loi est muette sur

ce point. Il faut décider qu'il sera nommé par le conseil de famille de l'enfant naturel. Ce mode de nomination du tuteur est dans notre législation le mode de droit commun. Art. 405.

Pourquoi la loi veut-elle que le consentement soit donné par un tuteur *ad hoc*, et non par le conseil de famille comme pour l'enfant légitime? Cela tient à ce que le conseil de famille de l'enfant naturel ne peut être composé que d'amis, l'enfant naturel n'ayant d'autres parents que ses père et mère. La loi a craint qu'une telle assemblée n'eût pas assez le sentiment de sa responsabilité.

III. — *Observation générale.*

204. Dans les distinctions qui ont été faites ci-dessus on a toujours mis sur la même ligne l'ascendant décédé et l'ascendant hors d'état de manifester sa volonté.

Les causes d'impossibilité de manifester sa volonté sont l'absence déclarée ou même simplement présumée, l'interdiction judiciaire et l'aliénation mentale.

La simple non-présence de l'ascendant, le fait qu'il est en voyage dans des pays lointains, ne constituent pas des causes d'impossibilité dans le sens de la loi.

§ 5°. — DE L'ACTE RESPECTUEUX.

Art. 151 à 154.

205. Le mariage n'intéresse pas seulement les deux époux, il intéresse aussi leur famille et spécialement leurs père et mère. Il n'est pas admissible qu'un enfant puisse se marier sans prendre l'avis de ses parents; cela serait contraire au devoir imposé par l'art. 371. La nécessité de l'acte respectueux produit souvent un effet utile; beaucoup d'enfants reculent devant l'obligation de se mettre publiquement en opposition avec leurs père et mère.

La personne qui se marie, ayant atteint la majorité prescrite par l'art. 148, doit justifier qu'elle ne le fait qu'avec le

consentement de ses père et mère, ou qu'elle a sollicité leur conseil sur l'opportunité de l'union. L'acte respectueux est le seul moyen de prouver que les parents ont été consultés.

Il faut bien saisir le système des art. 148 à 150, d'une part, et celui des art. 151 à 153 remplacés par les art. 3 et 4 de la loi du 16 août 1887, d'autre part. Jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les garçons, et vingt et un ans pour les filles, l'enfant doit justifier du consentement de ses père et mère, et ce sous peine de nullité. Art. 182. Mais à partir de cet âge, s'il n'a pas leur consentement, il peut passer outre, sous la condition de justifier par un acte respectueux qu'il a requis leur conseil; cette condition ne constitue d'ailleurs qu'un empêchement prohibitif.

I. — *Dans quels cas l'acte respectueux est-il nécessaire?*

206. Le système des art. 151 à 153 a été très heureusement modifié par les art. 3 et 4 de la loi du 16 août 1887.

D'abord, la loi n'exige plus d'acte respectueux que vis-à-vis des père et mère seuls, et encore faut-il que ceux-ci ne soient pas dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Le Code prescrivait l'acte respectueux vis-à-vis des aïeuls et aïeules lorsque les père et mère étaient décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Ensuite, la loi n'exige plus jamais qu'un seul acte respectueux. Le code prescrivait trois actes respectueux successifs, séparés l'un de l'autre par un intervalle d'un mois au moins, lorsque l'enfant avait moins de trente ans, si c'était un garçon, et de vingt-cinq ans, si c'était une fille.

Enfin, par exception, et seulement dans le cas d'indigence de l'enfant, l'acte respectueux cesse d'être requis lorsque le père ou la mère dont le conseil devrait être demandé n'a pas de demeure connue en Belgique. Le bénéfice de cette exception est subordonné à deux conditions : 1° A la preuve de l'état d'indigence de l'enfant. 2° A la preuve que le père ou la mère dont il s'agit n'a pas de demeure connue en Belgique. Cette preuve doit consister dans une affirmation

faite sous serment devant l'officier de l'état-civil par l'enfant et quatre témoins, un mois au moins avant la célébration du mariage.

Les trois derniers alinéas de l'art. 3 parlent toujours des futurs époux au pluriel. C'est une inexactitude de rédaction. Il résulte des discussions à la Chambre que c'est uniquement celui des futurs époux dont le père ou la mère a quitté le pays, qui doit faire l'affirmation sous serment et qui doit justifier de son indigence.

La dernière disposition de l'art. 3 charge le procureur du Roi de s'assurer de l'exactitude de l'affirmation de l'enfant et de ses témoins. Le cas échéant, ce magistrat déjouera les manœuvres tentées par l'enfant dans le but d'éluder la formalité de l'acte respectueux.

207. L'obligation de demander le conseil de ses père et mère pèse sur l'enfant naturel reconnu comme sur l'enfant légitime. Art. 158.

II. — *Quelles sont les règles prescrites pour l'acte respectueux ?*

208. La demande de conseil doit être formée au nom de l'enfant par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Art. 154. Le procès-verbal qui en est dressé s'appelle acte respectueux. Dans l'ancien droit on l'appelait sommation respectueuse. Le Code a changé la dénomination de l'acte, mais il n'a pu en changer la substance même.

Il est de règle en procédure civile que toute sommation ou signification, judiciaire ou extra-judiciaire, est du ministère exclusif de l'huissier. Notre Code a dérogé à cette règle en substituant le notaire à l'huissier. Il a pensé que l'intervention de l'huissier aurait quelque chose d'agressif vis-à-vis des parents. Il lui a paru que le notaire serait un intermédiaire plus convenable, lui qui est d'ordinaire initié aux secrets des familles.

Le notaire instrumente au nom de l'enfant. Il n'est nullement nécessaire que l'enfant accompagne le notaire. Il y aurait à cela les plus graves inconvénients; la présence de

l'enfant pourrait irriter les parents. Aussi l'art. 154 suppose-t-il que l'enfant n'accompagne pas le notaire. P. 1879, II, 91.

209. La demande doit être faite en termes formels. Elle doit exprimer nettement l'intention de l'enfant de se marier avec telle personne bien déterminée.

La demande doit être faite en termes respectueux. Elle doit être conçue dans une forme respectueuse ; l'expression de l'intention de l'enfant ne peut avoir rien d'injurieux ni de blessant pour ses père et mère.

La demande doit être faite à la personne même des père et mère, à moins que ces derniers ne se trouvent pas à leur domicile ou ne défendent l'entrée de leur appartement. La règle résulte de l'art. 154 qui exige que le procès-verbal mentionne la réponse de l'ascendant ; le notaire doit donc chercher à voir l'ascendant. L'exception résulte du droit qui appartient à l'enfant de se marier malgré ses parents ; les père et mère paralyseraient ce droit d'une manière indéfinie, en évitant systématiquement la présence de l'officier public.

210. L'acte respectueux n'est à bien dire qu'une signification faite par notaire. Aussi nous paraît-il évident que le notaire doit y observer les formes tracées par le Code de procédure civile, art. 68 et 69, pour la pose des exploits.

L'acte doit être dressé en trois originaux : l'un pour le requérant, les deux autres pour les notifiés. Les originaux destinés aux notifiés s'appellent improprement *copies*. Copie séparée doit être laissée à chacun des père et mère. Toute copie doit être signée par le second notaire ou les témoins. Il est, en effet, de principe en procédure civile que la copie est un véritable original pour le notifié.

On décide souvent que le notaire ne commet aucune nullité en s'adressant *directement* au bourgmestre ou à un échevin de la commune, lorsqu'il n'a pu faire la notification au domicile même des père et mère ; on dit qu'il n'est pas nécessaire qu'il s'adresse d'abord à un voisin. P. 1878, III, 77.

Cette décision n'est pas juridique. Le Code qui charge le

notaire de *notifier* l'acte respectueux ne le dispense nulle part d'observer les règles propres aux notifications.

Il y a d'ailleurs un dilemme décisif à opposer à nos adversaires. Ou bien l'art. 68 c. pr. civ. est applicable à l'acte respectueux, et alors *toutes* ses prescriptions doivent être observées sans aucune restriction autre que celle qui résulte de notre art. 154; ou bien il ne l'est point, et alors on ne voit pas en vertu de quel texte ou de quel principe le notaire pourrait notifier un acte respectueux aux père et mère en parlant au bourgmestre ou à un échevin de leur commune (!) !

211. Le mariage peut être célébré un mois après l'acte respectueux. Art. 3 de la loi de 1887.

L'acte respectueux conserve sa force indéfiniment. La loi ne fixe aucun délai après lequel il devrait être renouvelé.

Quand l'acte respectueux n'est pas valable, les père et mère peuvent en demander la nullité pour obliger l'enfant à recommencer la procédure. Ils doivent alors avoir soin de former une opposition à mariage entre les mains de l'officier de l'état civil. Autrement il pourrait arriver que l'officier de l'état civil procéderait au mariage pendant le procès.

§ 6°. — DE LA PROHIBITION DE L'INCESTE.

I. — *Notions sur les rapports de parenté et d'alliance.*

A. — *De la parenté.*

212. La parenté est le lien existant entre personnes qui descendent les unes des autres ou d'un auteur commun.

La parenté est *légitime* ou *illégitime* suivant la nature des rapports de paternité et de filiation qui lui servent de base.

La parenté légitime est celle qui résulte de la filiation légitime, et la filiation légitime elle-même a sa source dans le mariage.

(!) Sur toute cette matière de la forme de l'acte respectueux voyez le cours de droit notarial.

La parenté naturelle est celle qui résulte de la filiation naturelle ou illégitime, et la filiation naturelle a sa source dans l'union de deux personnes non légitimement mariées l'une à l'autre.

La parenté naturelle se divise en parenté naturelle simple, adultérine ou incestueuse.

La parenté légitime a son fondement à la fois dans la nature et dans la loi; la parenté illégitime n'a son fondement que dans la nature seule.

Il n'existe entre un enfant naturel et les parents de ses père et mère aucun lien légal de parenté de nature à conférer les avantages attachés à la parenté légitime. C'est en ce sens que l'on dit souvent que l'enfant naturel n'a pas de famille, que la parenté illégitime n'existe qu'entre l'enfant naturel et les père et mère qui l'ont reconnu. Art. 756.

Mais il est aussi de principe que les prohibitions et incapacités légales fondées sur le fait naturel de la parenté s'appliquent, en général, aux parents illégitimes aussi bien qu'aux légitimes.

213. La parenté est dite *directe* ou *collatérale* suivant qu'elle relie des personnes qui descendent les unes des autres, ou des personnes qui, sans descendre les unes des autres, descendent d'un auteur commun.

Nos parents, directs ou collatéraux, sont dits *paternels* ou *maternels* suivant qu'ils nous tiennent par notre père ou par notre mère. Notre père et tous ses parents sont nos parents paternels; notre mère et tous ses parents sont nos parents maternels.

Une même personne peut nous être parente par notre père et par notre mère tout à la fois. Deux frères issus du même père et de la même mère s'appellent frères germains.

Deux frères issus du même père et de mère différente s'appellent frères consanguins. Ceux qui ont la même mère et un père différent s'appellent frères utérins.

214. On distingue en matière de parenté la *ligne* et le *degré*.

Un degré est synonyme de génération.

Une ligne est une suite de degrés ou de générations.

La ligne est directe ou collatérale. La ligne directe comprend la série des parents directs. La ligne directe se nomme descendante, lorsque, pour déterminer la parenté de deux personnes, on descend des ascendants aux descendants; dans le cas inverse, elle s'appelle ascendante. La ligne collatérale comprend la série des parents collatéraux. La ligne collatérale est une ligne double qui a son sommet à l'auteur commun. Art. 736.

En ligne collatérale comme en ligne directe, la proximité de parenté se détermine par le nombre de degrés, c'est-à-dire de générations existant entre elles. *Quot sunt generationes, tot sunt gradus.* Art. 735. Pour connaître la parenté entre deux collatéraux, il faut compter les générations qui les séparent en remontant de l'un d'eux à l'auteur commun pour redescendre à l'autre, de façon que les frères sont au second degré, les oncles et neveux au troisième, les cousins germains au quatrième, et ainsi de suite. Art. 737 et 738. Dans le système du Code, il ne peut donc pas y avoir de premier degré en ligne collatérale.

Le droit canonique calculait d'une autre manière la parenté en ligne collatérale. Il ne fallait compter les générations que d'un seul côté, en ayant soin, lorsque les parents se trouvaient à une distance inégale de l'auteur commun, de compter du côté le plus éloigné de l'auteur commun, de sorte que les frères étaient au premier degré, les oncles et neveux au second, et les cousins germains aussi au second.

B. — De l'alliance.

215. Le Code ne définit pas l'alliance; il faut recourir à l'ancien droit pour suppléer à son silence. L'alliance, dans tous nos textes, est l'alliance telle que les jurisconsultes romains la définissent: le lien que le mariage établit entre les deux époux et entre chacun des époux et les parents de l'autre.

L'alliance ne dérive que du mariage; elle ne résulte jamais du simple concubinage.

L'époux est le premier des alliés; il forme le premier anneau de la chaîne qui unit ses parents à son conjoint. Tous les parents du mari sont les alliés de la femme et tous les parents de la femme sont les alliés du mari. Le lien civil de l'alliance est restreint à ces personnes. Il n'y a donc aucun lien entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre.

Les parents naturels de l'un des époux sont, aussi bien que ses parents légitimes, les alliés de l'autre époux. C'est en ce sens qu'on parle d'une alliance naturelle.

216. La proximité de l'alliance se détermine comme celle de la parenté. L'individu qui est parent de l'un des époux est allié de l'autre dans la même ligne et au même degré qu'il est parent avec le premier. Ainsi, le frère du mari est allié de la femme dans la ligne collatérale, au second degré.

217. L'alliance ne s'éteint pas par la dissolution du mariage qui lui a donné naissance; elle subsiste alors même qu'il ne reste pas d'enfant de ce mariage.

En effet, l'alliance une fois légalement formée ne peut être déclarée dissoute que par la loi elle-même. Or, nulle part la loi ne déclare l'alliance dissoute par le décès, sans enfant, de l'époux qui l'a produite; elle y attache au contraire encore des effets importants. Si, dans quelques cas, elle lui refuse certains effets, elle a pris soin de le dire. On ne peut certes conclure de là à la cessation de l'alliance elle-même.

II. — *Des empêchements au mariage résultant de la parenté ou de l'alliance.*

Art. 161 à 164.

218. Ce sont des considérations de diverse nature qui ont dicté au législateur les art. 161 à 163. Il y a eu tout d'abord des considérations physiologiques; les mariages entre proches parents doivent être prohibés parce qu'ils amènent rapidement une dégénérescence de la race, des infirmités nombreuses chez les enfants. Il y a eu aussi des considérations morales, des motifs d'honnêteté publique; on aurait pu

craindre si le mariage avait été autorisé entre proches parents ou alliés, de voir ces derniers nouer entre eux des relations dans la pensée de pouvoir les confirmer par le mariage. Il y même eu certaines considérations politiques.

219. La parenté légitime forme un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

La parenté naturelle engendre un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et les sœurs. A la différence de la parenté légitime, la parenté naturelle ne constitue pas un obstacle au mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.

L'alliance résultant d'un mariage actuellement dissous produit, alors même qu'il n'en existe pas d'enfants, un empêchement de mariage entre chacun des ci-devant conjoints et les parents légitimes ou naturels de l'autre, savoir, en ligne directe ascendante et descendante à l'infini, et en ligne collatérale, jusqu'au degré de frère et sœur. Le mariage n'est point prohibé entre alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu.

220. La parenté naturelle ne crée un empêchement de mariage que lorsqu'elle est légalement constatée. Il est bien vrai que les art. 161 et 162 n'ajoutent au mot *naturels* les mots *légalement reconnus*; mais cette omission est indifférente, puisque le droit commun s'applique toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé. Or, le droit commun est que la parenté naturelle ne peut être établie *de plano* par la preuve testimoniale; la preuve de cette parenté est soumise à des conditions particulières par les art. 334 à 341.

Mais une jurisprudence récente décide avec raison que tous les intéressés et le ministère public sont admis à faire la preuve de la filiation naturelle même contre l'enfant, pour établir l'empêchement au mariage, *en se conformant aux règles de preuve exigées par l'art. 341*. D. 1890, II, 193; B. J. 1890, p. 1181.

221. La prohibition du mariage peut être levée par le Roi pour des causes graves :

1° Entre oncle et nièce, tante et neveu. Art. 164.

2° Entre beau-frère et belle-sœur, mais seulement lorsque le premier mariage a été dissous par la mort de l'un des époux. Loi du 28 février 1831.

§ 7°. — DE QUELQUES CONDITIONS PARTICULIÈRES.

222. On énumère ici divers empêchements de mariage établis par des dispositions spéciales. Comme on le verra au chapitre 3°, ils présentent tous le même caractère ; ils sont purement prohibitifs.

I. — *De l'empêchement résultant de l'interdiction judiciaire.*

Art. 174, 2°.

223. Le mariage de l'interdit serait inéxistant pour défaut de consentement, s'il n'était pas contracté dans un intervalle lucide. Art. 146.

II. — *De l'empêchement résultant pour la femme du délai dit de viduité.*

Art. 228.

224. La femme ne peut se remarier que dix mois après la dissolution de son précédent mariage. Peu importe la cause de la dissolution, que ce soit la mort du mari, le divorce ou l'annulation du mariage.

Cette prohibition a été établie afin d'éviter la confusion de part, c'est-à-dire l'incertitude sur la filiation de l'enfant qui viendrait à naître pendant le second mariage, moins de 300 jours après la dissolution du premier.

III. — *Des empêchements résultant du divorce.*

Art. 295 à 298.

225. Il y a deux empêchements qui opèrent indéfiniment :

1° Les époux qui ont divorcé pour quelque cause que ce soit ne peuvent plus se réunir. Art. 295.

2° Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se remarier avec son complice. Art. 298.

Il y a un empêchement qui n'a d'effets que pour trois ans :

Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. Art. 297.

IV. — *Des empêchements résultant de l'adoption.*

Art. 348.

226. Renvoi au texte du Code.

V. — *Des empêchements résultant du service militaire.*

227. Les officiers de tout grade ne peuvent se marier sans l'autorisation du gouvernement. Les époux doivent justifier, jusqu'au grade de capitaine inclusivement, qu'ils jouiront d'un revenu de six cents florins indépendamment de la solde. Arrêté du 16 février 1814.

Les sous-officiers et soldats en activité de service ne peuvent se marier sans le consentement par écrit du commandant de leur corps. Art. 8 et 22 du règlement de discipline militaire du 15 mars 1815. Ils peuvent contracter mariage quand ils ont achevé leur quatrième année de service ou quand ils ont reçu un congé illimité. Art. 1^{er} de la loi du 16 août 1887.

228. Les individus soumis aux obligations de la loi sur la milice et âgés de dix-neuf à vingt-huit ans accomplis ne peuvent être mariés que sur la production d'un certificat constatant qu'ils ont satisfait aux obligations qui leur étaient imposées. Art. 2 de la loi du 16 août 1887.

SECTION 3^e. — *Des conditions de forme.*

229. Les formalités du mariage varient suivant que le belge se marie en Belgique ou en pays étranger.

§ 1^{er}. — DU MARIAGE DU BELGE EN BELGIQUE.

230. La loi du 26 décembre 1891 a modifié considérablement la plupart des formalités du mariage. Sous l'empire des art. 63, 64, 65, 74, 165 à 169 du Code, qui sont abrogés par l'art. 10 de la loi nouvelle, le mariage était exposé à subir de longs retards et il arrivait fréquemment que ces retards induisaient les personnes de la classe ouvrière à vivre en concubinage. On a dit avec raison que les formalités exigées par ces articles faisaient envisager le mariage par les ouvriers comme une affaire de luxe qu'ils n'avaient pas le temps d'accomplir. La loi du 26 décembre 1891 a eu un double objet : simplifier les publications prescrites par le mariage ; remplacer par des règles bien claires et très larges les dispositions obscures et souvent inexécutables du Code sur la compétence personnelle de l'officier de l'état civil.

L'art. 9 de cette loi contient en outre cette disposition interprétative : « L'art. 4 de la loi du 16 août 1887 est interprété de la manière suivante : en cas d'indigence, l'acte de consentement prescrit par l'art. 73 c. c., pourra être reçu par l'officier de l'état civil du domicile ou de la résidence de l'ascendant et, à l'étranger, par les autorités qui ont compétence pour recevoir cet acte, par les agents diplomatiques, les consuls et vice-consuls de Belgique. »

I. — *Des formalités préliminaires.*

A. — *De la publication du mariage.*

231. Les art. 1^{er} et 2 de la loi nouvelle sont ainsi conçus :

« Art. 1^{er}. Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fait une publication, un jour de dimanche, à la porte de la maison commune. Cette publication énonce les prénoms, noms, professions, domicile et résidence des futurs époux, leur qualité de majeur ou de mineur, et les prénoms, noms, professions, domicile et résidence de leurs pères et mères. Elle énonce en outre les jour, lieu et heure où elle a été faite. Elle est transcrite sur un seul registre, coté et paraphé comme il est dit en l'art. 41 c. c., et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal civil de l'arrondissement. »

« Art. 2. L'acte de publication reste affiché à la porte de la maison commune. Le mariage ne peut être célébré avant le dixième jour, depuis et non compris celui de la publication. »

La formalité de la publication est établie afin que les per-

sonnes qui ont connaissance de quelque empêchement puissent en donner avis à l'officier de l'état civil, et que les intéressés soient en mesure d'exercer le droit d'opposition organisé par les art. 172 et suiv.

La réforme introduite par nos deux articles consiste dans la réduction à une seule des deux publications exigées par l'art. 63 c. c. et dans la suppression des publications orales qui étaient tombées en désuétude. Aujourd'hui la publication consiste uniquement dans une affiche apposée un jour de dimanche à la porte de la maison commune, faisant connaître le projet de mariage et fixant l'individualité des futurs époux et de leurs pères et mères. Cette affiche doit subsister pendant dix jours au moins avant la célébration du mariage.

Comme sous le Code, l'acte de publication doit être transcrit dans un registre spécial appelé registre aux publications de mariage.

232. Les art. 4 et 5 de la loi disposent comme suit :

« Art. 4. La publication ordonnée par l'art. 1^{er} de la présente loi sera faite dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des futurs époux. »

« Art. 5. Si le domicile actuel n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite en outre au lieu du domicile précédent, quelle qu'en ait été la durée.

Si la résidence actuelle n'a pas été d'une durée continue de six mois, la publication sera faite au domicile, quelle qu'en soit la durée.

A défaut de domicile connu dans les cas prévus par les deux paragraphes qui précèdent, la publication sera faite dans la commune où le futur époux a résidé pendant six mois.

A défaut d'une résidence continue de six mois, elle sera faite au lieu de la naissance. »

Ces deux articles consacrent une importante réforme quant au lieu où la publication doit être faite. Sous le Code, les publications devaient être faites dans plusieurs communes, et notamment dans la commune du domicile des parents dont le consentement est nécessaire pour le mariage. Cette prescription de l'art. 168 était manifestement inutile, puisque les ascendants, le tuteur *ad hoc* et le conseil de famille sont suffisamment avertis du mariage par la demande d'autorisation que l'enfant doit leur adresser.

La règle nouvelle est que la publication doit être faite uniquement dans le lieu du domicile ou de la résidence de chacun des futurs époux. Cette option accordée aux futurs

époux facilite le mariage des personnes qui ont une résidence différente de leur domicile. Toutefois, la disposition de l'art. 4 n'est applicable seule que lorsque le domicile ou la résidence qui existent au jour de la publication se trouvent établis d'une manière continue depuis six mois au moins.

Si le domicile actuel où la publication est faite n'existe pas d'une manière continue depuis six mois, la publication doit être faite en outre au lieu du domicile précédent. Si c'est à la résidence actuelle que la publication est faite, et que cette résidence n'ait pas été d'une durée continue de six mois au moins, il faut que la publication soit faite également au lieu du domicile actuel. C'est à l'officier de l'état civil à apprécier par tous les moyens dont il dispose, et notamment par les registres de population, si le domicile ou la résidence actuels ont été d'une durée continue de six mois.

Il y a nombre d'individus appartenant aux classes laborieuses qui ne connaissent pas, en réalité, quel est leur domicile. De là, cette disposition de l'art. 5 : à défaut de domicile connu dans les cas prévus par les deux § précédents, la publication sera faite dans la commune où le futur époux a résidé pendant six mois.

Enfin, il peut arriver qu'un individu n'ait jamais eu une résidence continue de six mois ou qu'il ne s'en souvienne pas d'une manière précise; c'est le cas des bateliers, des forains, de certains ouvriers de passage, parfois même des colporteurs. L'art. 5 contient une dernière disposition à leur égard : à défaut d'une résidence continue de six mois, la publication sera faite au lieu de la naissance ⁽¹⁾.

Toutes les dispositions que l'on vient de rapporter s'appliquent aux étrangers comme aux belges. Si donc un étranger veut contracter mariage en Belgique sans y avoir ni domicile ni résidence de six mois au moins, il devra faire faire aussi la publication dans le pays d'où il vient.

233. C'est l'officier de l'état civil appelé à procéder à la célébration du mariage qui doit rédiger la publication.

L'art. 6 prévoit le cas où la publication doit être encore faite ailleurs qu'au lieu de la célébration du mariage. Il dispose ainsi :

« Les publications qui devront être faites ailleurs qu'au lieu de la célébration du mariage, le seront à partir du premier dimanche qui suivra la réception de la réquisition écrite de l'officier de l'état civil appelé à procéder à cette célébration.

(1) La loi ne dit pas au domicile d'origine, mais au lieu de la naissance. Le lieu de la naissance est toujours connu ; le domicile d'origine peut ne pas l'être.

L'officier de l'état civil requis ne pourra exiger la production d'autres pièces. »

Il résulte nettement de ce texte que l'officier de l'état civil qui est requis par un de ses collègues de procéder à une publication de mariage, doit opérer cette publication d'après les seules notes qui lui sont remises par le requérant, sans qu'il puisse exiger aucune pièce justificative.

234. L'art. 3 de la loi concerne la péremption de la publication, dans les termes suivants :

« Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai de la publication il ne peut plus être célébré qu'après une nouvelle publication faite dans la forme ci-dessus. »

La raison de ce texte est que le souvenir de la publication est alors perdu, et aussi que des empêchements qui n'existaient pas autrefois ont pu surgir depuis. Il faut une nouvelle publication pour que le mariage puisse désormais être célébré.

235. L'art. 7 de la loi permet au procureur du roi de dispenser les futurs époux de toute publication et de tout délai, lorsque le mariage doit être célébré sans retard, lorsque, par exemple, l'un des futurs époux se trouve en danger de mort et qu'il s'agit de régulariser des relations illicites. Il est ainsi conçu :

« Le procureur du roi près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel les impétrants se proposent de célébrer leur mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai.

» La même faculté est accordée aux chefs de mission et consuls de carrière de Belgique, ainsi qu'aux agents non rétribués du corps consulaire belge jusqu'au grade de vice-consul inclusivement, pour autant qu'ils ne résident pas au siège d'une légation ou d'un consulat de carrière, sauf à ceux-ci à rendre immédiatement compte à la légation ou au consulat de carrière dont ils relèvent des causes de la dispense ou du refus de l'accorder. »

Il va de soi que le procureur du roi ou l'agent diplomatique ou consulaire, selon les cas, peut se borner à abréger le délai de la publication, au lieu de le supprimer entièrement. Qui peut le plus, peut le moins.

236. La validité du mariage ne dépend pas de la régularité de la publication. La sanction établie par l'art. 191 c. c. ne s'applique pas à des questions de domicile ou de résidence, à propos de la publication, pas même à l'absence de publication. Ce que l'art. 191 atteint uniquement, c'est le mariage clandestin, c'est-à-dire le mariage contracté avec intention de clandestinité.

B. — *Des pièces à produire à l'officier de l'état civil appelé à célébrer le mariage.*

237. L'officier de l'état civil procède à la célébration du mariage, sous sa responsabilité. Il doit donc vérifier par lui-même la réunion de toutes les conditions exigées pour le mariage.

C'est ainsi qu'il doit se faire remettre :

1° L'acte de naissance de chacun des futurs époux. Lorsque l'un des futurs époux se trouve dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, il peut le suppléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile. Art. 70, 71 et 72.

2° Les actes authentiques constatant l'existence des consentements requis par la loi (consentements des ascendants, du conseil de famille, du tuteur *ad hoc*) lorsque les personnes appelées à habiliter le mineur ne préfèrent pas donner leur consentement dans la cérémonie même du mariage. Art. 73 c. c. et 4 de la loi du 16 août 1887.

3° L'original de l'acte respectueux si cet acte a dû être fait. Art. 154.

4° Les actes constatant le décès des ascendants les plus proches, dont le consentement ou le conseil serait requis s'ils étaient vivants, ou l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté (1). Les père et mère, aïeuls et aïeules sont présumés vivants jusqu'à preuve de leur décès, mais les futurs époux n'ont aucune justification à faire en ce qui concerne le décès des ascendants plus éloignés. Arg. de l'art. 283.

En principe, la preuve du décès d'un ascendant doit se faire par la production de l'acte de décès. Par exception, la loi pour favoriser la célébration du mariage, admet d'autres modes de preuves : *a.* Si le père et la mère du futur époux sont tous deux décédés, il suffit que les aïeuls ou aïeules attestent ces décès à l'instant du mariage. *b.* Si tous les

(1) On a soulevé la question de savoir si, depuis la loi du 16 août 1887, les futurs époux qui n'ont plus ni père ni mère, ni autres ascendants, sont encore obligés de produire, pour leur mariage, les actes de décès de leurs aïeuls ou aïeules. Cette question doit recevoir une solution affirmative ou négative, selon que les futurs époux n'ont pas atteint ou ont atteint l'âge fixé par l'article 148 du Code civil. Le vœu de la loi nouvelle est qu'après l'âge de majorité désigné en cet article, il n'y ait plus d'acte respectueux qu'à l'égard des père et mère. Si les futurs époux qui ont atteint cet âge, n'ont plus ni père ni mère, ils n'ont de consentement à demander, ni d'acte respectueux à faire aux aïeuls ou aïeules. Il en résulte que dans le cas où ceux-ci sont décédés, les futurs n'ont pas à en fournir la preuve.

(Circulaire du 17 décembre 1887.)

ascendants du futur époux sont décédés, il suffit, suivant les cas, d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix du dernier domicile des ascendants, dans les formes exigées par l'art. 155, ou bien, de l'affirmation sous serment du futur époux et des quatre témoins du mariage que le lieu du décès et celui du dernier domicile de l'ascendant leur sont inconnus. Avis du 4 thermidor an XIII.

La preuve de l'absence doit se faire par la production du jugement qui a déclaré l'absence ou du jugement qui a ordonné l'enquête, et s'il n'y a pas encore eu de jugement, par la procédure d'un acte de notoriété dressé dans les formes tracées par l'art. 155. Lorsque le dernier domicile de l'absent est inconnu, la preuve de l'absence se fait suivant le mode indiqué par l'avis du 4 thermidor an XIII.

La preuve de la démence se fait par la production du jugement qui a prononcé l'interdiction, si l'aliéné est interdit, ou du certificat de collocation, s'il est placé dans un établissement d'aliénés sans être interdit. Si l'ascendant en état de démence n'est ni interdit ni colloqué, c'est à l'officier de l'état civil à apprécier sous sa responsabilité, la valeur du certificat médical qu'on lui présente pour établir l'impossibilité où se trouve l'ascendant de manifester sa volonté.

5° Les actes des différentes dispenses qui ont pu être accordées (dispenses d'âge ou de publication, dispenses à raison de parenté ou d'alliance).

6° L'acte de décès du premier conjoint ou l'acte de divorce si l'un des futurs époux a été antérieurement marié.

7° L'autorisation de contracter mariage donnée par les supérieurs militaires, ou le certificat constatant que le futur époux, s'il est âgé de dix-neuf à vingt-huit ans, a satisfait à la loi sur la milice.

8° Les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des différentes communes où la publication a dû être faite, certificats constatant que la publication a eu lieu conformément à la loi et qu'il n'a pas été fait d'opposition. Art. 69. S'il y a eu opposition, l'officier de l'état civil doit exiger la production de l'acte ou du jugement de main-levée, ainsi qu'il sera dit ci-après.

238. Un avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808 dispense les futurs époux de faire rectifier par les tribunaux les actes de l'état civil qu'ils doivent produire avant de se marier, quand ces actes ne contiennent que de simples erreurs matérielles sans influence sérieuse sur l'identité des personnes. C'est seulement lorsque l'irrégularité est telle qu'elle laisse subsister un doute sérieux quant à l'identité entre la

personne à laquelle l'acte doit s'appliquer et celle qui y est désignée, qu'il y a lieu de faire procéder au préalable à la rectification de l'acte par voie de jugement.

Par ce qui vient d'être exposé, on voit qu'il faut constituer un véritable dossier en vue du mariage, réunir des pièces nombreuses et faire des frais parfois assez considérables. Le législateur a fait disparaître cette entrave au mariage des indigents par les arrêtés des 6 septembre 1814, 30 octobre 1814 et 7 mai 1815, et surtout par l'art. 7 de la loi du 16 août 1887.

II. — *De la célébration du mariage.*

A. — *De l'officier compétent pour célébrer le mariage.*

239. La disposition capitale de la loi du 26 décembre 1891 est cet article :

« Art. 8. Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune *et* dans la commune où l'un des époux aura son domicile *ou* sa résidence à la date de la publication prévue par l'art. 1^{er} de la présente loi, et, en cas de dispense de publication, à la date de la célébration. »

Les art. 74 et 165 du Code avaient fait naître une controverse qui divisait toujours la doctrine et la jurisprudence. Y avait-il, aux termes de ces articles, plusieurs endroits où le mariage pouvait être célébré, à savoir : le domicile de l'art. 102, d'une part, sans condition de durée, et le domicile de l'art. 74, d'autre part ? Ou bien le mariage ne pouvait-il être célébré qu'au domicile matrimonial de l'art. 74, c'est-à-dire au lieu où l'un des futurs époux avait une habitation actuelle et continue depuis six mois au moins. B. J. 1890, p. 707 ; D. 1891, II, 235. La seconde opinion tendait à prévaloir dans la pratique. C'était profondément regrettable au point de vue des intérêts moraux de la classe laborieuse. Beaucoup de mariages, notamment d'étrangers ou de belges plus ou moins nomades, devenaient impossibles faute d'une résidence de six mois. Les nécessités de la vie et la facilité des communications amènent les ouvriers, les domestiques et même les employés à se déplacer fréquemment ; leur prescrire six mois de résidence pour qu'ils puissent se marier, c'est les pousser à vivre en concubinage.

Aujourd'hui le mariage peut être contracté devant l'officier de la commune du domicile ou de la résidence de l'un des époux à leur choix. La disposition de l'art. 8 doit être entendue de la manière la plus large, la plus favorable aux

intéressés. Ainsi il ne faut pas nécessairement que la résidence soit établie par les registres de la population. L'officier apprécie avec bienveillance, par tous moyens, si l'un des futurs époux a une habitation effective dans la commune; il n'a pas à en examiner la durée. Ainsi encore l'étranger ne doit pas avoir été autorisé par le Roi à établir son domicile en Belgique pour qu'il puisse s'y marier; pour l'étranger comme pour le belge, le mot domicile de notre art. 8 doit se prendre dans le sens le plus étendu, conformément aux règles tracées par les art. 102 et suiv.

239 bis. L'art. 8 porte que le mariage doit être célébré devant l'officier *de la commune et dans la commune* où l'un des futurs époux aura son domicile ou sa résidence. Les mots soulignés marquent que, contrairement au droit commun tel qu'il résulte du titre des actes de l'état civil, il ne suffit pas que l'officier possède la compétence territoriale, c'est-à-dire qu'il célèbre le mariage en dedans du territoire de sa commune; il faut encore qu'il possède une certaine compétence personnelle, c'est-à-dire que l'un des futurs époux ait son domicile ou sa résidence dans cette commune même. Cette condition de compétence personnelle ne peut plus engendrer de difficultés dans la nouvelle législation, parce que le domicile ou la résidence suffit toujours sans aucune condition de durée.

Il faut encore observer qu'aujourd'hui le mariage ne peut plus être rendu impossible lorsque l'un des futurs époux tombe dangereusement malade dans une commune où la publication de mariage n'a pas été faite. Il suffit dans ce cas de combiner la disposition de l'art. 7 avec celle de notre art. 8.

B. — Des formalités de la célébration.

Art. 75.

239 ter. En général, le mariage doit être célébré à la maison communale, afin que le public puisse être admis à la cérémonie. Par exception, l'officier de l'état civil peut procéder à la célébration dans une maison particulière, lorsque l'un des futurs époux ne peut se déplacer sans danger et que le mariage est urgent. Arrêté du 4 mars 1815. Quand la célébration se fait dans une maison privée, il faut toujours qu'elle soit publique, c'est-à-dire qu'elle ait lieu les portes ouvertes.

Le jour du mariage est choisi par les parties. La fixation de l'heure reste aux convenances de l'officier de l'état civil.

§ 2°. — DU MARIAGE DU BELGE EN PAYS ÉTRANGER (1).

240. Les conditions intrinsèques du mariage relèvent du statut personnel. Art. 3. D. 1889, II, 69. Les n^{os} 5 et 6 de la loi du 20 mai 1882 qui remplacent l'art. 170 du Code font application de ce principe. Le belge qui veut se marier en pays étranger doit réunir toutes les conditions de fond exigées par la loi belge pour pouvoir contracter mariage. Quant à la femme étrangère qui veut épouser un belge, sa capacité reste régie par la loi de son pays; le mariage qu'elle va contracter avec un belge ne peut pas lui donner une capacité que la loi de son pays lui refuse.

Les conditions extrinsèques sont réglées par les n^{os} 1, 2, 3 et 4 du nouvel art. 170. A cet égard, il faut faire une grande distinction: le mariage a lieu entre deux belges ou entre un belge et une étrangère, ou bien il a lieu entre un étranger et une belge.

I. — *Du mariage entre deux belges ou d'un belge avec une étrangère.*

241. Lorsque les futurs époux sont belges l'un et l'autre, ils ont toujours le choix.

Leur mariage peut être contracté suivant la loi du pays où ils se trouvent, dans les formes qui y sont établies, conformément à la règle *locus regit actum*. Art. 47 et 170, 1°.

Leur mariage peut aussi être célébré par l'agent diplomatique ou le consul de Belgique, suivant la loi belge, dans les formes exposées au § précédent. Art. 48 et 170, 2°. Le mariage ainsi contracté est certainement valable aux yeux de la loi belge. Mais il peut arriver que la loi étrangère ne reconnaisse pas la fiction d'exterritorialité qui est la base de la compétence de nos agents diplomatiques ou consulaires; le mariage sera alors inexistant aux yeux de la loi étrangère.

(1) *Revue de droit belge* 1886-1880, p. 443.

242. D'après les principes du titre des actes de l'état civil, le mariage d'un belge avec une étrangère ne pouvait être contracté que dans les formes établies par la loi étrangère. Il ne pouvait pas être célébré par nos agents diplomatiques ou consulaires, car ceux-ci n'étaient investis des fonctions d'officier de l'état civil que vis-à-vis du belge, ils ne l'étaient pas au regard de l'étrangère. Ce système présentait les plus graves inconvénients pour les belges établis dans les pays dont la législation n'exige point l'intervention d'un officier public dans le mariage et la passation d'un acte instrumentaire, ou dans ceux dont la législation n'autorise la célébration du mariage que conformément au culte national. Il y avait lieu de prendre des mesures en leur faveur, car le mariage d'un belge avec une étrangère constitue l'acte initial d'une famille belge. De là, la disposition du nouvel art. 170, 3°.

La compétence de nos agents diplomatiques et de nos consuls n'existe pas de plein droit; elle est subordonnée à une autorisation spéciale de notre ministre des affaires étrangères. Le gouvernement ne l'accorde qu'aux agents qui résident dans les contrées où l'état civil local n'offre pas les garanties désirables.

243. Le nouvel art. 170, 4°, exige que le mariage contracté par un belge en pays étranger soit précédé en Belgique de publications faites conformément à la loi belge. Cela est tout simple quand le belge se marie devant un agent diplomatique ou consulaire de Belgique, puisque le mariage est alors célébré suivant les formes prescrites par la loi belge. Mais l'art. 170 exige aussi des publications faites conformément à la loi belge, quand le belge se marie suivant les formes prescrites par la loi étrangère. Il déroge ainsi à la règle *locus regit actum*; d'après cette règle, en effet, les publications devraient être exclusivement réglées par la loi étrangère, puisqu'elles font partie des conditions de forme du mariage. Cette dérogation s'explique par le désir qu'a le législateur de mieux assurer l'exécution de ses prescriptions relativement aux conditions de fond requises pour le

mariage, prescriptions qui s'appliquent toujours aux belges, même quand ils se marient dans les formes usitées en pays étranger. Le projet de mariage étant rendu public en Belgique, le législateur espère que s'il existe quelque empêchement de fond d'après notre loi nationale, cet empêchement sera signalé par le moyen d'une opposition venue de Belgique, et que la célébration du mariage sera ainsi arrêtée. P. 1888, III, 248; 1888, II, 386.

244. L'art. 171 dispose que si le belge qui s'est marié à l'étranger revient en Belgique, il devra, dans les trois mois de son retour, faire transcrire l'acte de célébration de mariage sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. Cette disposition est une mesure d'ordre établie dans l'intérêt de tous ceux à qui il importe d'avoir, le cas échéant, la preuve du mariage contracté à l'étranger. Elle leur évite les lenteurs et les embarras qu'entraînerait fatalement le recours aux registres étrangers.

L'art. 171 n'établit aucune sanction de la mesure qu'il ordonne. La garantie de son observation se trouve dans l'intérêt que les époux ont, tout les premiers, à la remplir. P. 1880, I, 263.

Le délai de trois mois n'est pas un terme fatal; la transcription peut toujours avoir lieu, mais, après les trois mois, l'officier de l'état civil doit refuser de l'effectuer, si elle n'est ordonnée par un jugement.

L'arrêté du 29 avril 1886 réglant la réception des actes de l'état civil par les agents diplomatiques et les consuls, et aussi les conventions internationales pour la communication réciproque des actes de l'état civil, ont consacré de nouvelles mesures pour assurer la transcription des actes de mariage reçus en pays étranger.

II. — *Du mariage d'une belge avec un étranger.*

245. Les futurs époux n'ont jamais de choix. Leur mariage doit toujours être célébré dans les formes usitées dans le pays étranger. Art. 170, 1°.

Le législateur de 1882 a cru qu'il n'y avait aucune raison de déroger dans l'espèce à l'ancien art. 170, puisque la future épouse doit perdre la qualité de belge par son mariage.

APPENDICE. — Du mariage des étrangers en Belgique.

246. Quant aux conditions de fond, l'étranger est régi par la loi de son pays. Ainsi, l'étranger âgé de plus de dix-huit ans ne peut se marier en Belgique si sa loi nationale ne permet le mariage qu'à un âge plus avancé. Il va de soi que l'étranger ne peut pas se prévaloir de la loi de son pays, lorsqu'elle est en contradiction avec les principes de notre ordre social.

Quant aux conditions de forme, il faut distinguer si les deux contractants ont la même nationalité ou une nationalité différente.

Les futurs époux qui ont la même nationalité ont toujours le choix. Ils peuvent faire procéder à la célébration de leur mariage, soit par un officier de l'état civil belge dans les formes prescrites par la loi belge, conformément à la règle *locus regit actum*, soit par l'agent diplomatique ou le consul de leur pays, en vertu de la règle d'exterritorialité consacrée par l'art. 48.

Les futurs époux qui n'ont pas la même nationalité ne peuvent faire procéder à la célébration de leur mariage que par un officier de l'état civil belge dans les formes prescrites par notre Code. D. 1872, II, 216.

247. Lorsque des étrangers veulent contracter mariage en Belgique dans les formes prescrites par notre loi nationale, la célébration doit être précédée de publications faites conformément à notre Code. C'est que les publications font partie des formes prescrites par la loi belge pour la célébration des mariages, et tombent, par conséquent, sous l'empire de la règle *locus regit actum*. P. 1885, II, 291.

CHAPITRE 2^e. — DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

248. L'opposition est un acte d'huissier par lequel une personne, à ce autorisée par la loi, fait défense à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage.

L'opposition est un des moyens établis par la loi afin d'assurer l'accomplissement des conditions requises pour contracter mariage. Le plus souvent, l'opposant fait connaître un empêchement que les parties seraient peut-être parvenues à dissimuler. Cette mesure est particulièrement utile pour empêcher les parties de se jouer des empêchements purement prohibitifs.

Les ascendants peuvent aussi recourir à l'opposition pour arrêter provisoirement un mariage auquel il n'existe aucun empêchement légal.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des personnes qui peuvent former opposition.

§ 1^{er}. — Des ascendants.

§ 2^e. — Du conjoint et de certains collatéraux.

§ 3^e. — Du ministère public.

SECTION 2^e. — Des formalités de l'opposition.

SECTION 3^e. — De l'effet de l'opposition.

SECTION 4^e. — De la main-levée de l'opposition.

SECTION 1^{re}. — Des personnes qui peuvent former opposition.

249. — Autrefois le droit d'opposition appartenait à toute personne, c'était une sorte d'action populaire. On en avait fait un moyen de vexation et de tracasserie. Le système du Code est tout différent. Le droit d'opposition est organisé restrictivement à un double point de vue: 1^o En ce que l'opposition ne peut être faite que par les personnes désignées par la loi. 2^o En ce que, sauf pour les ascendants, l'opposition ne peut être formée que pour certains motifs déterminés.

§ 1^{er}. — DES ASCENDANTS.

Art. 173.

250. L'art. 173 accorde le droit d'opposition aux ascendants d'une manière absolue, en ce sens qu'il ne le limite pas sous le rapport des motifs pour lesquels il peut être exercé et qu'il ne le soumet à aucune autre condition que celle d'un certain ordre hiérarchique. L'art. 176 complète la disposition de l'art. 173, en décidant expressément que les ascendants ne sont pas tenus de motiver leur acte d'opposition.

Les ascendants ont donc toujours le droit d'opposition, alors même qu'il n'existe aucun empêchement légal, dirimant ou prohibitif, au mariage de l'enfant. Et cette décision est vraie non seulement pour les père et mère, mais encore pour les autres ascendants, alors même qu'il s'agit du mariage d'un enfant qui a atteint la majorité matrimoniale ⁽¹⁾.

Le but du législateur a été de procurer aux ascendants une dernière ressource afin de détourner l'enfant d'une union inconsidérée. Ils peuvent ainsi gagner du temps pour amener l'enfant à faire de nouvelles réflexions. Mais si celui-ci demande la main-levée de l'opposition, le tribunal devra bien l'accorder, si l'opposant ne peut rapporter la preuve qu'il existe quelque empêchement légal au mariage.

251. Le droit d'opposition n'appartient aux ascendants que graduellement et dans l'ordre hiérarchique déterminé par l'art. 173.

Le père en est investi en première ligne, à l'exclusion de tout autre. P. 1869, II, 364.

A défaut du père, c'est-à-dire s'il est décédé ou s'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le droit passe à la mère.

A défaut de la mère, le droit passe aux aïeuls et aïeules qui en jouissent par concurrence, avec cette restriction toutefois que les aïeules ne sont admises à l'exercer qu'à défaut

(1) La loi du 16 août 1887 n'a aucunement modifié le système du Code sur le droit d'opposition à mariage.

d'aïeuls dans la ligne à laquelle elles appartiennent. Il ne serait pas raisonnable, en effet, d'admettre entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne un concours qui n'est pas établi entre le père et la mère.

252. Rien ne fait obstacle à ce que l'on applique les dispositions des art. 173 et 176 au père et à la mère de l'enfant naturel légalement reconnu.

§ 2°. — DU CONJOINT ET DE CERTAINS COLLATÉRAUX.

Art. 172, 174 et 175.

253. L'art. 172 accorde le droit d'opposition au conjoint afin qu'il puisse faire valoir la prohibition de la bigamie. Pour justifier son opposition, il devra fournir la preuve légale de son mariage, conformément à l'art. 194.

254. L'art. 174 n'accorde le droit d'opposition qu'à certains collatéraux privilégiés, les frères et sœurs, les oncles et tantes, les cousins et cousines germains, et seulement lorsque tous les ascendants sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Mais il le leur accorde à tous simultanément, sans établir entre eux aucun ordre hiérarchique.

Il ne le leur accorde que dans deux cas :

1° Lorsque le consentement du conseil de famille requis par l'art. 160 n'a pas été obtenu. Dans ce cas, l'enfant est donc mineur ; il y a un empêchement dirimant à son mariage.

2° Lorsque le futur époux est en état de démence. Dans ce cas, le tribunal peut, sur la demande du futur époux, prononcer immédiatement la main-levée pure et simple de l'opposition, s'il lui est, dès à présent, démontré que l'opposition est évidemment mal fondée, que la démence n'est qu'un prétexte mis en avant pour entraver le mariage. Si, au contraire, l'opposition se présente avec un caractère sérieux et plausible, le tribunal ne peut la maintenir que provisoirement, et sous la condition, pour l'opposant, de provoquer l'interdiction du futur époux, dans un délai déterminé ; si l'interdiction est prononcée, l'opposition sera maintenue définitivement.

L'art. 174 ne permet aux collatéraux d'exercer eux-mêmes le droit d'opposition qu'autant qu'ils sont majeurs; c'est l'application du principe que les majeurs seuls sont capables des actes de la vie civile. En cas de minorité des collatéraux désignés dans l'art. 174, leur tuteur ou curateur peut exercer le droit d'opposition en leur nom, mais il faut pour cela qu'il ait obtenu l'autorisation du conseil de famille. Art. 175.

Les dispositions de l'art. 175 sont parfaitement intelligibles l'une et l'autre, lorsqu'on les applique aux tuteurs et curateurs des collatéraux dénommés en l'art. 174. La plupart des auteurs se fondent sur les travaux préparatoires du Code pour appliquer l'art. 175 aux tuteurs et curateurs des *futurs époux eux-mêmes*. Ainsi appliqué, l'art. 175 devient dans le second cas prévu par l'art 174 une véritable énigme que les jurisconsultes ne sont pas encore parvenus à déchiffrer.

§ 3^e. — DU MINISTÈRE PUBLIC.

255. Le Code n'accordait pas le droit d'opposition au ministère public. C'est l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810 qui le lui a accordé, en décidant que le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Il serait contraire à ce texte que le ministère public assistât, sans avoir le droit d'intervenir, à l'accomplissement d'un mariage contracté en violation d'une loi d'ordre public. Dès qu'il y a un empêchement fondé sur une loi d'intérêt général, le ministère public a le droit d'opposition, sans qu'il y ait à distinguer si l'empêchement est dirimant ou simplement prohibitif.

SECTION 2^e. — Des formalités de l'opposition.

Art. 66 et 176.

256. L'opposition à mariage ne peut être faite que par exploit d'huissier. Cet exploit est soumis aux règles ordinaires des exploits, telles qu'elles sont déterminées et sanctionnées par le Code de procédure civile; il est de plus sou-

mis à certaines règles particulières déterminées par nos art. 66 et 176.

L'exploit d'opposition doit, à peine de nullité, contenir :

1° L'énonciation de la qualité en vertu de laquelle l'opposant prétend avoir le droit de former opposition au mariage.

2° L'indication des motifs sur lesquels l'opposition est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant.

Ces deux conditions sont exigées afin qu'on puisse savoir, à la seule inspection de l'acte, si l'opposition est légale.

3° Une élection de domicile dans la commune où le mariage doit être célébré.

Quid si cette commune est inconnue, à raison de la circonstance que les futurs époux ont leur domicile dans deux communes différentes, ou à raison de la faculté laissée aux parties de se marier, non seulement dans la commune où elles ont leur domicile général, mais encore dans celle où elles ont leur résidence? Il semble qu'il suffise d'élire domicile soit dans la commune où se trouve domicilié le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée, soit dans la commune où il a sa résidence. Cette solution se fonde sur l'esprit de l'art. 176. L'élection de domicile est imposée uniquement dans l'intérêt du futur époux, afin de lui faciliter l'exercice de l'action en main-levée.

L'exploit d'opposition doit être signé, tant sur l'original que sur la copie, par l'opposant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique. Le but de cette prescription est d'empêcher les oppositions faites sous un nom emprunté, ou sous une qualité qui n'appartient pas à l'opposant.

Cette condition doit-elle être observée à peine de nullité? La négative semble devoir être admise, car cette condition est de forme secondaire. Or, d'une part, l'art. 66 n'établit pas la sanction de nullité; d'autre part, il est de principe en procédure civile qu'aucun exploit ne peut être déclaré nul pour omission d'une formalité non substantielle, que si la nullité en est formellement prononcée par la loi.

257. L'exploit d'opposition doit être signifié à personne ou

domicile, conformément aux règles du Code de procédure civile :

1° Aux parties, c'est-à-dire à chacun des futurs époux.

2° A l'officier de l'état civil, soit de la commune où le mariage doit être célébré, soit de l'une des communes où les publications ont été faites. Arg. des art. 66, 67, 69 et 76, n° 6 et 7. Ce fonctionnaire doit viser l'original de l'exploit d'opposition.

L'art. 67, *in initio*, établit une mesure d'ordre destinée à empêcher que l'officier perde de vue l'opposition qu'il a reçue.

SECTION 3^e. — De l'effet de l'opposition.

Art. 68.

258. L'effet juridique de l'opposition est de former un empêchement prohibitif au mariage. L'officier de l'état civil ne peut, sous peine d'engager sa responsabilité, procéder à la célébration du mariage avant que la main-levée de l'opposition ait été régulièrement consentie par l'opposant ou prononcée définitivement par la justice.

L'art. 68 ne permet pas à l'officier de l'état civil de se faire juge du mérite de l'opposition, ni sous le rapport du fond et de la qualité de l'opposant, ni même sous celui de la forme. Il suffit que l'opposition lui ait été signifiée par huissier pour qu'il doive s'abstenir. La responsabilité de l'huissier est la garantie de la régularité de l'opposition en la forme. Art. 176.

SECTION 4^e. — De la main-levée de l'opposition.

Art. 68, 177 à 179.

259. La main-levée de l'opposition peut être consentie volontairement par l'opposant. Elle doit alors être donnée par un acte notarié dont la copie ou le brevet sera remis à l'officier de l'état civil. Arg. de l'art. 67.

260. Le droit de demander la main-levée judiciaire n'appar-

tient qu'au futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée.

La loi veut que l'action en main-levée soit jugée avec la plus grande célérité; de là, les dispositions des art. 177 et 178.

Trois questions peuvent être débattues, dans l'instance en main-levée : la nullité de l'opposition en la forme; le défaut de qualité dans la personne de l'opposant; l'absence de tout empêchement légal à la célébration du mariage. Au point de vue de la charge de la preuve, c'est l'opposant qui est le véritable demandeur dans le procès; c'est à lui à justifier du bien fondé de l'opposition s'il veut qu'elle soit maintenue. Lorsque l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. Quand l'opposition est rejetée et que les délais des voies ordinaires de recours sont expirés, l'opposition doit être considérée comme si elle n'avait jamais existé. P. 1872, II, 131 (*).

Rien n'empêche la personne dont l'opposition a été rejetée comme nulle en la forme, de la renouveler au moyen d'un exploit régulier. Au contraire, la personne dont l'opposition a été écartée pour défaut de qualité ou pour absence d'empêchement ne peut plus la renouveler légalement; les principes sur l'autorité de la chose jugée s'y opposent.

Il va sans difficulté que si, nonobstant la main-levée volontaire ou judiciaire, l'officier de l'état civil était instruit de l'existence de quelque empêchement légal, il devrait refuser de procéder à la célébration du mariage.

(*) On peut voir à la *Belgique judiciaire*, 1886, p. 1079, les ressources de procédure que la jurisprudence met à la disposition des parents pour retarder à peu près indéfiniment le mariage de leur enfant.

CHAPITRE 3^e. — DE L'INEXISTENCE ET DE L'ANNULATION DU MARIAGE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des mariages inexistant.

SECTION 2^e. — Des mariages annulables.

§ 1^{er}. — Des principes du Code en matière de nullités de mariage.

§ 2^e. — Des nullités relatives.

I. — De la nullité résultant d'un vice du consentement des époux.

II. — De la nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou de la famille.

§ 3^e. — Des nullités absolues.

I. — Des nullités résultant de l'impuberté, de la bigamie ou de l'inceste.

II. — Des nullités résultant d'un vice de forme.

§ 4^e. — Des effets de l'annulation du mariage.

§ 5^e. — Du mariage putatif.

SECTION 1^{re}. — Des mariages inexistant.

261. Le défaut de l'une des trois conditions essentielles pour la formation du mariage empêche l'union d'avoir aucune existence juridique. Il n'y a alors qu'un simple état de fait ; en droit, c'est le néant.

Il suit de cette notion :

1^o Qu'on n'a pas à demander en justice l'annulation d'un pareil mariage. Il peut arriver sans doute que les tribunaux soient appelés à intervenir en cas de contestation, mais ils n'interviendront jamais que pour déclarer qu'il n'y a jamais eu mariage ; ils ne prononceront point une annulation véritable.

2^o Qu'un pareil mariage ne peut produire aucun effet, même lorsque les parties ou l'une d'elles ont été de bonne foi. La théorie du mariage putatif établie par les art. 201 et

202 ne peut pas s'appliquer au mariage inexistant. Le texte de ces articles, la place qu'ils occupent, la corrélation qui existe entre leurs dispositions et celles du chapitre IV du Code relatives aux demandes en nullité de mariage démontrent que les auteurs du Code n'y ont eu en vue que les mariages simplement annulables. P. 1887, III, 177.

3° Que tout intéressé peut toujours se prévaloir de l'inexistence d'un pareil mariage, quelque temps qu'ait duré la vie commune des prétendus époux. Le mariage inexistant ne peut jamais être confirmé.

SECTION 2^e. — Des mariages annulables

§ 1^{er}. — DES PRINCIPES DE LA MATIÈRE.

262. On entend par mariage annulable, le mariage qui a l'existence juridique, mais qui est susceptible d'être anéanti par la justice sur la demande des personnes à ce autorisées par la loi. Le mariage annulable produit tous les effets d'un mariage valable, jusqu'à ce qu'il soit annulé par la justice. Il n'y a pas à distinguer à cet égard entre le mariage entaché d'une nullité relative et le mariage infecté d'une nullité absolue. P. 1878, II, 34. Ce n'est pas à dire que les époux qui ont des raisons sérieuses de douter de la validité de la forme de leur mariage, n'aient pas le droit de faire procéder à une célébration nouvelle de leur union sans devoir soumettre préalablement à la justice l'appréciation de la validité du premier mariage. D. 1887, II, 95. P. 1879, III, 49.

Deux principes dominant toute la matière des nullités de mariage :

1° Il n'y a pas d'autres causes de nullité de mariage que celles qui sont établies par un texte *exprès*. Contrairement au droit commun, il n'y a pas de nullités *virtuelles* en matière de mariage; il n'y a que des nullités *expresses*. Pour qu'un mariage soit annulable, il ne suffit donc pas qu'il ait été contracté au mépris d'une disposition prohibitive du Code, il faut nécessairement qu'une disposition *formelle* en autorise l'annulation.

2° Le droit de demander l'annulation d'un mariage n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi l'a *formellement* accordé. Contrairement au droit commun, l'action en nullité n'appartient pas toujours à toute personne intéressée; il y a deux cas de nullité où la loi réserve l'action à certaines personnes spécialement désignées.

Ces principes sont fondés en droit positif et en raison.

En droit positif. Les dispositions des art. 180 et suiv., placés sous le chapitre IV, intitulé *des demandes en nullité de mariage* n'auraient aucun sens, s'il ne fallait leur reconnaître un caractère essentiellement limitatif. En disant dans un chapitre tout spécial quels sont les cas dans lesquels le mariage peut être attaqué, et par quelles personnes, le Code donne très clairement à entendre qu'il ne saurait être attaqué dans d'autres cas, ni par d'autres personnes.

Cette signification de l'économie des art. 180 et suivant a été confirmée par le n° 5 de la loi du 20 mai 1882; ce texte prouve que toutes les dispositions des art. 144 et suiv. ne sont point nécessaires pour la validité du mariage; il faut qu'il y ait un texte qui organise l'action en nullité comme sanction de chacune des règles posées par ces articles.

En raison. L'annulation d'un mariage produit des conséquences si graves que mieux vaut parfois le maintenir, malgré la violation de la loi, que de l'annuler. Sans doute, il importe toujours au législateur d'assurer le respect de ses prescriptions, d'exiger qu'elles soient rigoureusement observées, mais la loi civile peut être sanctionnée d'une manière efficace en matière de mariage, sans que la sanction comprenne toujours et nécessairement la peine de nullité (¹). P. 1888, II, 386.

263. Les différentes nullités que le législateur prononce en matière de mariage se divisent en deux classes : les unes

(¹) La plupart des empêchements prohibitifs et des formalités secondaires sont sanctionnés par des dispositions pénales soit du Code civil (art. 68, 137, 192 et 193), soit du Code pénal (art. 264), soit de la loi sur la milice (art. 103 modifié par l'art. 2 de la loi du 16 août 1887).

sont basées sur de simples intérêts privés; on les appelle nullités *relatives*; les autres sont basées sur des raisons d'intérêt social ou d'honnêteté publique; on les appelle nullités *absolues*.

Les nullités relatives résultent de deux causes : 1° certains vices dans le consentement des époux; 2° le défaut de consentement des parents déterminés par la loi. Art. 180 et 182.

Les nullités absolues résultent de cinq causes : 1° l'impuberté des époux ou de l'un d'eux; 2° la bigamie; 3° l'inceste; 4° la clandestinité du mariage; 5° l'incompétence de l'officier de l'état civil. Art. 184 et 191.

Les nullités relatives ont pour caractères propres de ne pouvoir être invoquées que par certaines personnes limitativement déterminées, et d'être susceptibles de se couvrir soit au moyen de la confirmation, soit au moyen de la prescription. L'action en nullité relative est exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels elle est accordée; elle ne peut être exercée par leurs créanciers ni par leurs héritiers. Cela résulte de ces mots des art. 180 et 182 *ne peut être attaqué que par*, et surtout de la nature morale de l'action dont il s'agit.

Les nullités absolues ont pour caractère distinctif de pouvoir être opposées par toute personne intéressée et par le ministère public; il faut ajouter qu'elles sont irréparables et perpétuelles, sauf l'exception établie par l'art. 185.

§ 2°. — DES NULLITÉS RELATIVES OU D'ORDRE PRIVÉ.

I. — *Du mariage annulable pour vices du consentement des époux.*

Art. 180 et 181.

264. On sait, par les développements donnés précédemment, que cette nullité de mariage ne peut se présenter que dans deux cas: le cas de violence et celui d'erreur dans la personne.

L'action en nullité n'appartient qu'à l'époux dont le consentement a été vicié.

La nullité se couvre par une cohabitation continuée pendant six mois depuis la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur; c'est là une confirmation tacite. La nullité peut aussi se couvrir par une confirmation expresse. Arg. à *fortiori* de l'art. 181.

II. — *Du mariage annulable pour défaut de consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille.*

Art. 182 et 183.

265. L'art. 182 n'ouvre l'action en nullité que contre les mariages célébrés sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement était *nécessaire*. Il n'accorde l'action qu'aux parents dont le consentement était requis et à celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement. P. 1889, III, 202.

Le mariage célébré sur le consentement du père seul, sans que la mère ait été consultée, est valable, car le consentement de la mère n'est pas vraiment nécessaire lorsque le père est vivant et en état de manifester sa volonté. Art. 148.

Aucun texte de notre chapitre ne parle du mariage contracté par un enfant naturel, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, dans les cas prévus par l'art. 159. Il faut donc appliquer alors le principe qu'en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte exprès.

266. L'action accordée aux parents par l'art. 182 n'appartient qu'à ceux dont le consentement *était requis ou nécessaire*. Il faut donc se reporter au moment de la célébration du mariage et voir quels étaient les parents dont le consentement aurait vraiment été nécessaire. Ceux-là seuls peuvent agir en nullité; s'ils gardent le silence, les autres ne peuvent agir.

Aucun texte ne décide que l'action en nullité qui appartient au père passe à la mère et, à défaut de celle-ci, aux aïeuls et aïeules, lorsque le père, qui était vivant et capable

au moment du mariage, meurt ou devient incapable avant de l'avoir confirmé et étant encore dans le délai utile pour en demander la nullité. En raison, l'action devrait se transmettre aux ascendants dans un ordre hiérarchique; en droit positif, elle n'est point transmissible.

Ni la mort, ni la majorité matrimoniale de celui des époux qui avait besoin du consentement de ses parents ne sont par elles-mêmes des obstacles à l'exercice de l'action en nullité. P. 1888, II, 97. Il faut cependant observer que si l'action compète au conseil de famille, elle vient fatalement à s'éteindre dans ces deux hypothèses, parce que le conseil de famille cesse lui-même d'exister dès l'instant de la mort ou de la majorité de l'enfant.

267. La nullité se couvre d'une manière *absolue* par la confirmation expresse ou tacite des parents dont le consentement était nécessaire, et notamment par l'écoulement d'une année sans réclamation de leur part, à dater de l'époque à laquelle ils ont eu connaissance du mariage. La nullité est alors couverte non seulement par rapport aux parents eux-mêmes, mais encore par rapport à l'époux qui avait besoin de leur consentement.

La nullité se couvre mais seulement d'une manière *relative* par rapport à l'époux qui était incapable, par l'écoulement d'une année sans réclamation de sa part, depuis l'époque où il a atteint l'âge compétent pour consentir *seul* à son mariage. Art. 183 (1).

§ 3°. — DES NULLITÉS ABSOLUES.

I. — *Des nullités absolues résultant de la bigamie, de l'impuberté ou de l'inceste.*

Art. 184 à 190.

A. — *Règles générales.*

268. L'art. 184 énumère les nullités absolues qui résultent d'un vice de fond et les personnes auxquelles appartiennent

(1) L'expression *sans réclamation de leur part* de l'art. 183 veut dire sans qu'ils aient intenté l'action en nullité qui leur était ouverte.

les actions qui naissent de ces nullités. Son énumération est incomplète sur le second point. Parmi les personnes qui ont l'action en nullité, il ne mentionne pas les ascendants, ni le conseil de famille s'il s'agit du mariage d'un mineur, quoiqu'il résulte de l'art. 186 que cette action leur appartient ; il ne cite pas non plus le premier conjoint de l'époux bigame, mais cette lacune est comblée par l'art 188.

Il faut ranger en deux catégories les personnes auxquelles la loi accorde l'action en nullité. Les unes ont la faculté d'agir en vertu d'un intérêt moral que la loi leur reconnaît à raison de leur qualité même. Les autres ont la faculté d'agir en vertu de l'intérêt pécuniaire actuel qu'elles ont à faire prononcer l'annulation du mariage.

1° Des personnes auxquelles la loi reconnaît un intérêt moral.

269. *a. Les époux eux-mêmes.* L'action leur appartient sans qu'il y ait à distinguer dans la personne duquel des époux existait le vice du mariage et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de sa bonne ou de sa mauvaise foi.

b. Le premier conjoint de l'époux bigame.

c. Les ascendants. Ils sont les gardiens de l'honneur de la famille et du bon ordre qui doit y régner. L'action est conférée aux ascendants de l'un et de l'autre des époux sans distinction. L'action appartient à tous les ascendants concurremment, et non pas seulement graduellement et à défaut les uns des autres. Aucun des textes de notre matière n'établit entre eux un ordre hiérarchique, à la différence des textes qui traitent du consentement au mariage ou du droit d'opposition. On comprend d'ailleurs que la loi ait voulu multiplier le nombre des personnes habiles à demander la nullité d'unions qui blessent l'intérêt public et les bonnes mœurs.

d. Le conseil de famille, s'il s'agit du mariage d'un mineur.

e. Le ministère public. Le ministère public peut agir en nullité ; il jouit à cet égard d'une pure faculté ; la loi s'en remet à lui d'apprécier ce qu'il convient de faire. Mais s'il

juge à propos d'agir, il *doit* le faire du vivant des deux époux; son droit d'action prend fin à la dissolution du mariage, car le scandale cesse alors d'exister. Tel est le sens de l'art. 190.

2° Des personnes qui ont un intérêt pécuniaire actuel.

270. L'art. 184 accorde l'action en nullité à toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire à faire prononcer l'annulation du mariage. Ainsi les créanciers du mari ont qualité pour attaquer le mariage de leur débiteur dans le but de faire tomber l'hypothèque légale de la femme.

L'art. 184 ne dit pas que l'intérêt pécuniaire doit être actuel, mais cela résulte des principes généraux du droit. L'art. 187 le dit d'ailleurs des collatéraux et des enfants nés d'un premier lit.

Toute personne qui ne peut attaquer le mariage que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire, perd qualité pour agir lorsque son intérêt pécuniaire cesse d'exister, soit par une renonciation, soit par la prescription, soit par une autre cause.

271. Le plus souvent les collatéraux et les enfants issus d'une précédente union n'ont d'intérêt pécuniaire à demander la nullité du mariage qu'après la mort de l'époux dont ils sont les parents. Il s'agit alors pour eux de dépouiller les enfants issus du mariage des droits héréditaires attachés à la filiation légitime. Mais s'il arrivait qu'ils eussent un intérêt pécuniaire à demander la nullité du mariage du vivant même des deux époux, on ne pourrait leur refuser le droit d'exercer l'action en nullité en se fondant sur les termes de l'art. 187. Cette expression *du vivant des époux* est superflue; elle vise simplement le *quod plerumque fit* pour établir une antithèse entre l'intérêt qui est purement éventuel et l'intérêt qui est déjà né et actuel. Ainsi, par exemple, les enfants du premier lit auraient le droit d'attaquer le second mariage de leur père, du vivant de celui-ci, pour écarter, comme illégitimes, de la succession d'un de leurs frères décédés, les enfants issus du second mariage.

B. — *Règles spéciales.*

1^o Au cas d'impuberté.

272. Par exception au principe de l'art. 184, l'art. 186 prive les ascendants et le conseil de famille qui ont consenti au mariage, du droit d'en demander la nullité pour défaut de puberté de l'un ou de l'autre des époux. Il ne faut pas, a dit Portalis, qu'on puisse se jouer de la foi du mariage après s'être joué des lois.

La fin de non-recevoir qui résulte de l'art. 186 est purement relative. Elle ne peut être opposée à ceux des ascendants qui n'ont point consenti au mariage.

273. En principe, les nullités absolues ne sont pas susceptibles de se couvrir. En vain donc le conjoint au préjudice duquel un second mariage a été contracté viendrait-il à mourir, ce second mariage n'en serait pas moins toujours affecté de la même nullité absolue. En vain encore les époux qui ont contracté mariage au mépris des art. 162 et 163, obtiendraient-ils des dispenses après la célébration, le mariage n'en resterait pas moins toujours attaquant selon les dispositions de l'art. 184.

Par exception, l'art. 185 décide que la nullité du mariage pour défaut de puberté se trouve couverte d'une manière absolue :

1^o Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les époux impubères ont atteint l'âge de puberté fixé par l'art. 144.

2^o Lorsque la femme impubère a conçu avant d'avoir atteint l'âge de quinze ans et demi. C'est ainsi qu'il faut entendre ces mots de l'art. 185 *a conçu avant l'échéance de six mois*; ils signifient *avant les six mois* dont la loi vient de parler, c'est-à-dire ceux qui commencent quand la femme a atteint quinze ans. Passé quinze ans et demi, on ne s'inquiète plus de la grossesse de la femme, puisque la nullité est couverte par la simple expiration du délai.

L'art. 185 n'admet pas, avec raison, que la grossesse de la femme puisse couvrir la nullité résultant de l'impuberté du mari.

2° Au cas de bigamie.

274. La demande en nullité fondée sur la bigamie peut être combattue par une exception préjudicielle tirée de la nullité du premier mariage. Le second mariage ne peut être annulé qu'autant que le premier est reconnu valable. Art. 189.

II. — *Des nullités absolues résultant d'un vice de forme.*

Art. 191 à 193.

275. Aux termes de l'art. 191, le mariage peut être argué de nullité, soit pour n'avoir pas été contracté publiquement, soit pour n'avoir pas été célébré devant l'officier public compétent. La violation des règles relatives à la publicité de la célébration ou à la compétence de l'officier de l'état civil n'entraîne pas toujours et nécessairement l'annulation du mariage. La loi remet à l'arbitrage du juge la question de savoir si la violation des règles de publicité ou de compétence, commise dans la célébration du mariage, est ou non assez grave pour en faire prononcer l'annulation. Art. 193.

C'est là une différence notable entre les nullités pour impuberté, bigamie ou inceste, et les nullités pour vices de forme. Les premières résultent de faits déterminés qui entraînent fatalement la nullité dès que leur existence est constatée, sans que le juge puisse se dispenser de la prononcer. Les secondes laissent au juge un large pouvoir d'appréciation; et cela s'explique alors par la nature même des vices imputés au mariage.

276. Le Code prescrit plusieurs formalités qui toutes ont pour but d'assurer la publicité de la célébration du mariage. Ces formalités sont : 1° les publications; 2° la célébration dans la maison communale; 3° l'admission du public à cette célébration; 4° la présence de quatre témoins. L'inobservation de l'une ou de plusieurs de ces formalités ne suffit pas pour entacher le mariage de nullité. Le juge a toujours le devoir d'apprécier si le mariage dont on demande l'annula-

tion a reçu ou non une publicité suffisante pour remplir le vœu de la loi. P. 1888, II, 386.

Spécialement, il est certain que le défaut de publications n'est pas par lui-même une cause de nullité du mariage. D'une part, en effet, les art. 64 et 65 ne prononcent pas la peine de nullité; d'autre part, l'art. 191 n'autorise l'annulation du mariage que lorsqu'il n'a pas été contracté publiquement. L'omission des publications ne devient une cause de nullité du mariage que lorsqu'il en résulte que le mariage a été clandestin. P. 1887, I, 53.

Quand le mariage a été célébré à l'étranger, le fait seul de l'omission en Belgique des publications prescrites par le n° 4 du nouvel art. 170 ne constitue pas non plus une cause spéciale de nullité. Cette disposition n'attache, en effet, aucune nullité à l'inobservation de la formalité spéciale qu'elle prescrit; sa rédaction a fait disparaître l'argument que sous l'empire du Code, on tirait des termes de l'art. 170, pour soutenir que les mariages célébrés par des belges à l'étranger étaient nuls par cela seul que les publications de l'art. 63 ou les actes respectueux de l'art. 151 avaient été omis. P. 1886, II, 158; 1888, II, 386; 1888, III, 248; 1889, III, 202. D. 1888, I, 412.

277. L'incompétence de l'officier de l'état civil peut être soit une incompétence personnelle, c'est-à-dire par rapport à la personne des époux, soit une incompétence territoriale, c'est-à-dire par rapport au lieu de la célébration du mariage. L'art. 191 ne fait aucune distinction entre les deux incompétences dont l'officier peut être frappé.

L'art. 193 laisse au juge le pouvoir discrétionnaire de prononcer ou non l'annulation du mariage, dans le cas d'incompétence de l'officier de l'état civil, aussi bien que dans le cas d'inobservation des formalités de la célébration. Le législateur a craint les conséquences extrêmes auxquelles on arriverait si l'incompétence une fois constatée, le mariage devait toujours être annulé; une erreur commise de bonne foi pourrait entraîner fatalement la nullité du mariage. La question de la compétence personnelle de l'officier se lie d'ail-

leurs à celle de la publicité du mariage. Or, il peut arriver que la célébration par un officier incompétent ne porte qu'une atteinte très légère à la publicité du mariage.

278. La nullité résultant soit de la clandestinité du mariage, soit de l'incompétence de l'officier qui l'a célébré, peut être proposée par les époux eux-mêmes, par leurs ascendants à quelque degré qu'ils se trouvent, par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire actuellement ouvert à faire annuler le mariage, et par le ministère public. Art. 191.

279. La plupart des auteurs interprètent l'art. 196 en ce sens que la possession d'état d'époux couvrirait les nullités de forme du mariage. On verra plus loin que cette interprétation n'est pas admissible.

§ 4^r. — DES EFFETS DE L'ANNULATION DU MARIAGE.

280. Le jugement qui prononce l'annulation d'un mariage fait évanouir d'une manière rétroactive, tous les effets juridiques qui en étaient résultés. Pour l'avenir, le mariage n'existe plus ; pour le passé, ses effets sont censés n'avoir pas existé. Les époux et les enfants issus de leur union ne recueilleront aucun effet civil du mariage, ni quant à leur état, ni quant à leurs intérêts pécuniaires. La légitimité n'appartiendra pas aux enfants ; les conventions matrimoniales ne recevront pas leur exécution ; les donations faites en faveur du mariage soit par l'un des époux à l'autre, soit par des tiers aux époux ou à l'un d'eux, seront considérées comme non avenues.

Ce n'est pas à dire que l'annulation d'un mariage enlève aux enfants qui sont nés pendant sa durée ou dans les dix mois de son annulation, la faculté de prouver leur filiation, tant paternelle que maternelle, à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage, si le mariage avait été maintenu. La preuve ainsi faite constate d'une manière légale, en dehors de toute reconnaissance, leur état d'enfants naturels. Le jugement d'annulation rétroagit bien en droit ; mais cette rétroactivité ne saurait anéantir les faits régulièrement

accomplis et constatés sous la foi du mariage. D. 1891, II, 153.

281. Il résulte à *contrario* des art. 201 et 202 que le jugement qui prononce contre les deux époux l'annulation de leur mariage, pour quelque cause que ce soit, possède à l'égard de tous les intéressés l'autorité de la chose jugée. D. 1891, II, 153.

§ 5^e. — DU MARIAGE PUTATIF.

Art. 201 et 202.

282. On appelle mariage putatif, un mariage qui, dans la réalité, se trouve entaché de nullité, mais que les deux époux ou l'un d'eux ont cru valable en le contractant. Par exception au principe énoncé dans le paragraphe précédent, le mariage putatif dont l'annulation a été prononcée, n'en produit pas moins, tant au profit des enfants qu'au profit des époux ou de l'époux de bonne foi, tous les effets juridiques attachés à un mariage valable.

Les dispositions des art. 201 et 202 s'appliquent à tous les mariages simplement annulables, peu importe que la cause de nullité réside dans un empêchement de fond, ou dans l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités prescrites pour la validité de la célébration.

La seule condition exigée pour qu'un mariage annulé en justice puisse être considéré comme putatif, est qu'il ait été contracté, soit par les deux époux, soit du moins par l'un d'eux, dans l'ignorance des vices dont il se trouvait entaché. Cette ignorance est constitutive de la bonne foi exigée par l'art. 201. Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de la célébration du mariage. Arg. des expressions *lorsqu'il a été contracté de bonne foi*.

La bonne foi peut résulter d'une erreur de droit aussi bien que d'une erreur de fait, car la loi ne fait aucune distinction.

C'est à l'époux qui réclame les effets civils du mariage annulé à faire la preuve de sa bonne foi. Il est, en effet de

principe que tout demandeur doit justifier de l'existence des conditions nécessaires au succès de sa prétention. Art. 1315. Il faut observer d'ailleurs que le Code ne dispose nulle part comme règle *générale* que la bonne foi est toujours présumée; l'art. 2268 constitue une règle spéciale à la matière de la prescription. P. 1887, III, 184.

283. Le mariage putatif une fois dissout par le jugement d'annulation ne peut plus produire de nouveaux effets dans l'avenir; mais les effets qu'il a produits dans le passé jusqu'au jugement d'annulation subsistent au profit des enfants et de l'époux de bonne foi. Le mariage putatif a donc tous les effets qu'aurait un mariage valablement formé dont la dissolution s'opérerait au moment de la prononciation du jugement d'annulation.

Ce principe posé, il faut en étudier les conséquences au profit des enfants et des époux.

284. Que la bonne foi ait existé chez les deux époux ou chez l'un d'eux seulement, le mariage putatif produit toujours en faveur des enfants issus de leur commerce, tous les effets d'un mariage valable. Ces enfants sont légitimes, et ils ont, au regard de leurs père et mère et des parents de ceux-ci, tous les droits des enfants légitimes. Ils ont notamment le droit de succéder même à l'époux de mauvaise foi et à ses parents. Le mariage putatif produit ces effets non seulement au profit des enfants conçus en état de bonne foi, mais encore en faveur de ceux qui l'ont été après la cessation de la bonne foi, pourvu que leur conception soit antérieure à la dissolution du mariage.

Le mariage putatif légitime-t-il les enfants nés antérieurement à sa célébration ?

Il faut distinguer entre les enfants issus d'un commerce adultérin ou incestueux et les enfants naturels simples. Les premiers ne sont jamais légitimés par un mariage putatif, car ils ne le seraient pas même par un mariage valable. Art. 331. Les seconds, au contraire, sont légitimés lorsque la condition fixée par l'art. 331 a été remplie. C'est que la légitimation des enfants naturels est un des effets civils du mariage, et

que l'art. 201 qui est le siège de notre matière dispose d'une manière générale à l'égard des enfants des époux, sans faire aucune distinction entre ceux qui sont nés avant la célébration du mariage et ceux qui sont nés depuis.

285. Si les deux époux ont été de bonne foi, le mariage putatif produit tous ses effets civils en faveur de l'un et de l'autre.

Ainsi ils conservent, sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tous les droits attachés à la paternité et à la maternité légitimes. Ainsi encore leurs conventions matrimoniales reçoivent leur pleine exécution. Leurs droits respectifs sur la communauté et sur leurs biens propres se déterminent et se liquident comme au cas où un mariage valable vient à se dissoudre ; et ce dans l'état où se trouvaient les choses au moment du jugement qui a prononcé l'annulation du mariage. Enfin, ils conservent respectivement les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, pour les exercer aux conditions et aux époques auxquelles ces avantages se seraient ouverts, si le mariage avait été valablement contracté.

Mais les époux perdent toujours la qualité de conjoints et les droits de successibilité réciproque qui y sont attachés. C'est que le jugement d'annulation opère vraiment la dissolution du mariage.

286. Lorsqu'un seul des époux a été de bonne foi, le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants ; il ne les produit pas en faveur du conjoint de mauvaise foi. L'époux de bonne foi est, aux yeux de la loi, conjoint légitime, tandis que l'autre ne l'est pas.

Ainsi l'époux de bonne foi conserve seul sur la personne et sur les biens des enfants, tous les droits qui découlent de la paternité et de la maternité légitimes. Il a seul le droit d'exiger l'exécution des conventions matrimoniales ; il peut, s'il le préfère, exiger qu'on liquide la société de biens qui a existé entre lui et son conjoint d'après les principes ordinaires des sociétés, en faisant abstraction du contrat pécuniaire de mariage. Ce droit d'option est une conséquence du

principe qu'il peut seul réclamer les effets civils du mariage. Ainsi encore, l'époux de bonne foi conserve les avantages que l'époux de mauvaise foi lui a faits par contrat de mariage, sans que ce dernier puisse réclamer ceux dont le premier l'a gratifié, encore qu'ils aient été stipulés réciproquement.

CHAPITRE 4^e. — DE LA PREUVE DU MARIAGE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des principes de la matière.

SECTION 2^e. — Des effets de la possession d'état d'époux sur les irrégularités de l'acte de célébration du mariage.

SECTION 3^e. — Des exceptions aux principes généraux.

§ 1^{er}. — De la possession d'état qui remplace l'acte de mariage.

§ 2^e. — Du jugement qui remplace l'acte de mariage.

SECTION 1^{re}. — **Des principes de la matière.**

Art. 194 et 195.

287. Tout individu peut toujours nier l'existence d'un mariage dont les effets civils lui sont opposés et c'est à ceux qui prétendent que ce mariage existe qu'il incombe de fournir la preuve légale de sa célébration. Art. 1315.

Les dispositions légales sur la preuve du mariage sont confondues au Code avec celles qui concernent les nullités.

L'art. 194 est l'application au mariage de la théorie du Code sur la preuve des faits constitutifs de l'état civil. Il défend non seulement de réclamer le titre d'époux, mais encore de réclamer *les effets civils du mariage* et cette dernière défense s'adresse à tous, *aux tiers* aussi bien qu'aux époux, si on ne représente l'acte de mariage extrait des registres de l'état civil, sauf les cas prévus par l'art. 46. L'art. 194 est donc doublement absolu: il l'est d'abord quant au mode de preuve qu'il détermine, il l'est ensuite quant aux personnes auxquelles il impose ce mode de preuve.

L'art. 194 ne concerne pas les mariages célébrés à l'étranger conformément à la loi étrangère. La preuve de ces mariages est administrée suivant les modes de preuve établis par la législation étrangère. *Locus regit actum*.

288. A la différence de la possession d'état d'enfant légitime qui est admise comme preuve de la filiation par l'art. 320, le Code n'admet pas la possession d'état d'époux comme preuve du mariage. Art. 195. La possession d'état d'époux se constitue bien trop aisément dans les grands centres de population; en faire découler la preuve du mariage, c'eût été légitimer le concubinage et l'élever indirectement au rang du mariage.

SECTION 2^e. — De l'effet de la possession d'état d'époux sur les irrégularités de l'acte de célébration du mariage.

Art. 196.

289. La question de savoir si les irrégularités que l'acte de mariage peut contenir doivent ou non entraîner la nullité de cet acte instrumentaire, doit en principe se décider d'après les règles exposées au titre des actes de l'état civil.

Par exception, la possession d'état produit en cette matière quelque effet, dans les rapports respectifs des époux; elle couvre toutes les irrégularités de l'acte de célébration du mariage quelles qu'elles soient.

La possession d'état ne couvre les vices de l'acte de célébration que dans les rapports respectifs des époux. Art. 196. Les tribunaux restent donc libres de juger, selon les circonstances, malgré la possession d'état, que l'acte irrégulier n'est pas suffisant pour établir la célébration du mariage à l'égard d'autres personnes. C'est là une restriction regrettable.

290. On a proposé une interprétation plus large de l'art. 196. D'après la plupart des auteurs, la disposition de l'art. 196 s'appliquerait non seulement aux nullités de forme de l'acte de l'état civil, mais également aux nullités de forme du mariage, c'est-à-dire aux nullités fondées sur le défaut de publicité et l'incompétence de l'officier de l'état civil.

Cette interprétation, qui s'imposera un jour au législateur, doit être repoussée par le commentateur du Code; elle est tout à fait contraire au texte de l'article. L'expression *cet acte* de la finale indique nettement que le Code n'entend statuer qu'à l'égard de l'*acte de célébration* dont il suppose la représentation. P. 1888, III, 248.

SECTION 3^e. — Des exceptions aux principes généraux.

§ 1^{er}. — DE LA POSSESSION D'ÉTAT QUI REMPLACE L'ACTE
DE MARIAGE.

Art. 197.

291. L'un des effets du mariage et le plus important, est la légitimité des enfants issus de l'union. Mais pour que cette légitimité soit prouvée, il faut que les enfants établissent tout d'abord le mariage de leurs père et mère.

L'art. 197 admet les enfants à faire la preuve du mariage par la possession d'état sous les conditions qu'il détermine, sans qu'ils aient à représenter l'acte de célébration.

La raison de cet article est que les enfants peuvent fort bien ignorer le lieu où leurs père et mère ont contracté mariage, et se trouver, par conséquent, hors d'état de satisfaire au principe de l'art. 194.

L'art. 197 est une disposition exceptionnelle; dès lors, elle est de stricte interprétation. On ne peut l'étendre à d'autres personnes qui auraient intérêt à prouver le mariage. On ne peut non plus affranchir les enfants d'aucune des conditions qui y sont prescrites.

292. L'art. 197 exige une double possession d'état et deux conditions particulières:

1^o Que les père et mère aient eu la possession d'état d'époux légitimes. Jurisp. Liège, 1889, p. 125.

2^o Que les enfants aient la possession d'état d'enfants légitimes.

Ces deux possessions d'état doivent exister l'une et l'autre; elles ne se confondent pas. La preuve de leur existence pourra être faite par tous moyens de droit.

3° Que la possession d'état des enfants ne soit pas contredite par leur acte de naissance. L'art. 197 n'exige pas qu'elle soit confirmée, mais seulement qu'elle ne soit pas contredite; il n'est donc pas nécessaire que les enfants soient désignés dans leurs actes de naissance comme enfants légitimes, il suffit que leurs actes de naissance soient muets sur la légitimité.

4° Que les père et mère soient décédés, l'un et l'autre. Le décès se prouvera suivant les règles du titre des actes de l'état civil.

293. Lorsque les enfants ont prouvé les deux possessions d'état et les conditions particulières exigées par l'art. 197, ils sont dispensés, pour prouver leur légitimité, de représenter l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère. Mais c'est là le seul effet de la disposition de l'art. 197. Rien n'empêche les adversaires des enfants d'attaquer leur légitimité au moyen d'une action en nullité du mariage de leurs père et mère, fondée sur quelque empêchement dirimant. Autre est la question de *validité* d'un mariage, autre est la question de *preuve* de ce mariage.

§ 2°. — DU JUGEMENT QUI REMPLACE L'ACTE DE MARIAGE.

Art. 198.

294. Lorsqu'une poursuite répressive est exercée à raison d'un délit (*sensu lato*) de falsification ou de destruction d'acte de l'état civil, ou d'inscription d'acte sur feuille volante, il peut arriver que la procédure pénale (autrefois on disait procédure *criminelle*) établisse à la fois l'existence du délit et le fait de l'état civil à l'occasion duquel l'acte avait été dressé. L'art. 198 suppose ainsi que la preuve de la célébration légale d'un mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure pénale, et il statue pour cette hypothèse que l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil tiendra lieu de l'acte de célébration, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants.

Cet article 198 renferme une équivoque. Il porte que l'*in-*

scription du jugement assure au mariage tous ses effets civils; ce qui semble vouloir dire que le mariage, lorsqu'il a été prouvé par une procédure pénale et que le jugement a été inscrit sur les registres, est désormais inattaquable et doit toujours produire ses effets, quand bien même il serait entaché de quelque nullité. Telle n'est pas la pensée de l'art. 198; il signifie uniquement que l'inscription du jugement remplace l'acte de mariage. La preuve qui résulte d'un jugement ne saurait avoir des effets d'une autre nature que ceux qui résultent d'un acte de célébration.

295. Les art. 199 et 200 ont pour objet de régler l'exercice de l'action civile résultant d'un délit (*sensu lato*) qui aurait détruit la preuve de la célébration d'un mariage. Leur mauvaise rédaction a fait le désespoir des criminalistes.

CHAPITRE 5°. — DES DROITS ET DES DEVOIRS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Du devoir d'éducation des enfants et de l'obligation alimentaire entre parents et alliés.

§ 1^{er}. — Du devoir d'éducation des enfants.

§ 2^e. — De l'obligation alimentaire entre parents et alliés.

I. — Des personnes entre lesquelles la loi fait naître l'obligation alimentaire.

II. — De la nature intermittente et variable de l'obligation alimentaire.

III. — Du mode de prestation de la dette alimentaire.

IV. — De la cessation de l'obligation alimentaire.

V. — De quelques difficultés particulières.

SECTION 2^e. — Des droits et des devoirs respectifs des époux.

§ 1^{er}. — Des devoirs communs aux deux époux.

§ 2^e. — Des devoirs propres à chaque époux.

I. — Du devoir de protection du mari et du devoir d'obéissance de la femme.

II. — Du devoir de cohabitation des époux.

SECTION 3^e. — De l'incapacité de la femme mariée.

§ 1^{er}. — De l'étendue de l'incapacité.

I. — En matière judiciaire.

II. — En matière extrajudiciaire.

§ 2^e. — De l'autorisation du mari.

I. — De la forme de l'autorisation.

II. — De la spécialité de l'autorisation.

§ 3^e. — De l'autorisation de la justice.

I. — Des cas où l'autorisation de la justice peut remplacer celle du mari.

II. — Des cas où l'autorisation de la justice doit remplacer celle du mari.

§ 4^e. — Des effets de l'autorisation.

§ 5^e. — Des conséquences du défaut d'autorisation.

I. — En matière judiciaire.

II. — En matière extrajudiciaire.

APPENDICE. — Du mandat de la femme pour la gestion quotidienne du ménage.

SECTION 1^{re}. — Du devoir d'éducation des enfants et de l'obligation alimentaire entre parents et alliés.

§ 1^{er}. — DU DEVOIR D'ÉDUCATION DES ENFANTS.

Art. 203 et 204.

296. L'art. 203 impose aux époux, comme un effet civil du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Cette obligation s'appelle l'obligation d'éducation ; elle comprend deux chefs distincts, l'un moral, l'autre pécuniaire ; le premier est de donner aux enfants le genre d'instruction et d'éducation convenable relativement à leur fortune et à leur position sociale ; le second est de pourvoir à tous les frais que l'éducation physique, intellectuelle et religieuse peut entraîner.

Le chef moral de l'obligation d'éducation se confond avec la puissance paternelle ; de nos jours, la puissance pater-

nelle n'est pas seulement un droit, c'est aussi un devoir. Art. 372 et suiv.

Le chef pécuniaire de la dette d'éducation n'est pas autre chose que la dette alimentaire proprement dite *appropriée aux besoins relatifs du créancier*. Par sa nature, la dette pécuniaire d'éducation n'est pas limitée aux père et mère; s'ils sont décédés ou s'ils n'ont pas de moyens suffisants, les frais de l'éducation incombent aux autres ascendants, selon le principe de réciprocité des art. 205 et 207.

Le chef moral et le chef pécuniaire de la dette d'éducation ne sont pas inséparables dans la personne des père et mère. Lors même que le père ou la mère serait, par une cause quelconque, privé de la puissance paternelle, il n'en resterait pas moins tenu de subvenir aux frais de l'éducation des enfants.

297. Le principe que la dette pécuniaire d'éducation n'est pas autre chose que la dette alimentaire vis-à-vis de l'enfant, sert à expliquer cette règle universellement admise que si l'enfant possède des biens personnels dont ses père et mère n'ont pas la jouissance légale, ceux-ci sont autorisés à prélever les frais de son éducation sur les revenus de ses biens. Si les revenus de l'enfant sont insuffisants, les père et mère doivent supporter l'excédent des dépenses que son éducation entraîne. D. 1887, I, 171.

Lorsque les parents ont l'usufruit légal des biens de leur enfant, ils supportent les frais de son éducation, avec cette particularité qu'ils lui doivent alors une éducation *au moins* en rapport avec sa fortune à lui. Art. 385. Les père et mère ne sont donc plus les maîtres de dispenser l'éducation à l'enfant selon leur fortune à eux; ils doivent la proportionner à la fortune personnelle de l'enfant.

298. La dette d'éducation incombe à la mère comme au père, *ensemble* dit l'art. 203. Cette dette n'est ni indivisible, ni solidaire; elle est simplement conjointe. La part de chacun des époux est proportionnelle à ses ressources comparées à celles de l'autre; en cas d'insolvabilité de l'un des époux, l'autre devra acquitter seul toute la dette. Dans les

rapports respectifs des époux, la dette d'éducation doit être supportée conformément aux principes qui régissent leurs conventions matrimoniales. Art. 1409, 1530, 1537, 1540 et 1549. D. 1890, I, 337.

La dette d'éducation est une obligation civile, et non pas seulement naturelle. Il faut donc décider que l'enfant a une action pour contraindre ses parents à la remplir. La difficulté est de savoir quelles sont les personnes qui ont qualité pour saisir la justice au nom de l'enfant *mineur*. Cette question doit être renvoyée aux titres de la puissance paternelle et de la tutelle. Dans la pratique, elle se présente le plus souvent comme une forme particulière de cette question générale et de principe : si, et à la requête de qui, les tribunaux peuvent intervenir à l'effet de remédier aux abus de la puissance paternelle.

299. La dette d'éducation prend fin lorsque l'enfant a été mis en état de subvenir par lui-même à ses besoins. Mais l'enfant ne peut-il pas à ce moment exiger de ses père et mère le capital nécessaire soit pour contracter mariage, soit pour acheter un fond de commerce ou pour se créer tout autre établissement? L'art. 204 répond en reproduisant l'ancienne maxime coutumière *Ne dote qui ne veut*. La loi juge qu'il serait contre le respect que l'enfant doit à ses père et mère qu'il puisse les traduire en justice et les obliger à y découvrir le secret de leurs affaires, pour connaître s'ils ont ou non le moyen de constituer une dot convenable.

Il ne faut pas exagérer la disposition de l'art. 204. Sa seule portée est de refuser au devoir des père et mère de doter leurs enfants le caractère d'une obligation civile. Elle lui laisse entièrement le caractère d'une obligation naturelle. P. 1887, II, 10; 1890, I, 197.

§ 2°. — DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ENTRE PARENTS
ET ALLIÉS.

300. L'obligation alimentaire établie par les art. 205 et suiv., a pour objet la prestation de tout ce qui est nécessaire

aux besoins de la vie. La loi l'impose à certains parents et alliés, comme une conséquence civile des liens du sang ou de l'affinité, dont le mariage est la source.

La loi lui donne un caractère absolu de réciprocité. Art. 207. Elle lui donne aussi un caractère intermittent et variable. Art. 208 et 209.

Toute renonciation au droit de demander des aliments est radicalement nulle. La loi qui crée l'obligation alimentaire est une loi d'ordre public. Art. 6.

I. — *Des personnes entre lesquelles la loi fait naître l'obligation alimentaire.*

Art. 205 à 207.

301. A. Entre parents.

Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. Art. 205. Cette obligation est réciproque. Art. 207.

L'obligation alimentaire n'existe jamais entre collatéraux.

B. Entre alliés.

1° Les époux se doivent mutuellement des secours. Art. 212. (Il sera traité de cette obligation dans la section suivante.)

2° L'obligation réciproque de se fournir des aliments, existe également entre gendre et bru, d'une part, beau-père et belle-mère, d'autre part. Art. 206 et 207.

L'obligation alimentaire n'existe pas entre chacun des époux et tous les ascendants de l'autre, mais seulement entre chacun des époux et les père et mère de l'autre. Il est vrai que le contraire a été admis dans les discussions au Conseil d'Etat, mais ce ne sont pas les explications données au Conseil d'Etat qui sont la loi, c'est le texte voté par le Corps législatif. Il ne peut y avoir une obligation *légale* sans *loi* qui l'établisse.

302. Les art. 205, 206 et 207 se bornent à désigner les personnes qu'ils soumettent à l'obligation alimentaire sans déterminer aucun ordre entre elles. Faut-il admettre

qu'elles sont toutes tenues simultanément, de telle sorte que, sans distinction entre les parents et les alliés, le réclamant puisse les mettre toutes en cause, ou bien faut-il décider qu'il existe entre elles un certain ordre successif, de telle sorte que les unes ne soient tenues qu'à défaut des autres ?

La plupart des auteurs disent qu'il n'est pas à croire que l'intention du législateur ait été de faire peser l'obligation alimentaire simultanément sur toutes les personnes qui s'y trouvent soumises. Une telle règle, d'après eux, serait évidemment contraire à la justice ! Voici comment ils essayent de combler cette prétendue lacune du Code : l'obligation pèse en premier lieu sur les descendants, en second lieu sur les ascendants, en troisième lieu sur les gendres et brus, et enfin sur les beaux-pères et belles-mères ; entre les descendants et entre les ascendants, la gradation se règle suivant l'ordre dans lequel ils seraient appelés à la succession de la personne qui a droit aux aliments.

Toute cette théorie est absolument arbitraire. Laurent enseigne avec raison que les diverses personnes auxquelles les art. 205, 206 et 207 imposent l'obligation alimentaire en sont toutes tenues simultanément, par cela seul que la loi n'établit entre elles aucun ordre successif. L'interprète ne peut organiser une préférence là où la loi ne révèle point qu'elle veut une préférence quelconque. Et ce système du Code que la dette alimentaire est une charge commune de tous les parents en ligne directe et des alliés les plus proches, ne nous paraît ni déraisonnable, ni contraire à l'équité. P. 1891, III, 35.

Il faut reconnaître que l'obligation alimentaire dont les époux sont tenus l'un envers l'autre, passe avant celle des diverses personnes indiquées aux art. 205 à 207. Arg. de l'art. 1448.

303. Quelle est la nature de l'obligation alimentaire, lorsque plusieurs personnes s'y trouvent simultanément soumises ? Est-elle solidaire, est-elle indivisible, ou bien se divise-t-elle entre les débiteurs en porportion des ressources de chacun d'eux ?

Elle n'est pas indivisible. En effet, l'indivisibilité ne peut résulter que de deux causes : la nature des choses ou la volonté des contractants. Art. 1217 et suiv. Or, il ne peut être question ni d'indivisibilité par la volonté des parties, puisque l'obligation alimentaire est légale et non conventionnelle, ni d'indivisibilité par la nature des choses, puisque l'obligation a pour objet de fournir les choses nécessaires à l'existence, prestation essentiellement divisible.

Elle n'est pas solidaire. En effet, une obligation légale ne peut être solidaire qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. Art. 1202. Or, aucun texte ne lui imprime le caractère de la solidarité. P. 1891, III, 315.

Elle est simplement conjointe. Mais elle se distingue, en un point, des obligations conjointes ordinaires. Dans ces dernières, la division s'opère par parts viriles, sauf convention contraire. Ici, la division s'opère par parts proportionnelles aux ressources de chacun des débiteurs. L'art. 208, en effet, dispose que les aliments doivent être fixés dans la proportion ... de la fortune de celui qui les doit. Ce texte implique que, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, le juge doit apprécier séparément leurs facultés et fixer la quote-part dont chacun est tenu dans l'acquittement de l'obligation. D. 1890, I, 337.

II. — *De la nature intermittente et variable de l'obligation alimentaire.*

Art. 208 et 209.

304. Les aliments ne sont dus qu'aux personnes qui se trouvent *dans le besoin*.

Une personne est dans le besoin lorsqu'elle ne peut pourvoir à sa subsistance par ses revenus ni par un travail en rapport avec son éducation et sa position sociale. Il n'y a pas à s'inquiéter de la cause du dénûment du demandeur, fût-ce l'imprévoyance, ni des torts qu'il peut avoir eus envers ceux à qui il demande des aliments. Ses fautes n'empêchent pas

que la condition de la créance alimentaire soit accomplie. J. T. 1888, p. 951.

Les besoins du créancier doivent être appréciés, non d'une manière absolue, mais d'une manière relative, eu égard à son âge, à son état de santé et à sa position sociale. P. 1891, II, 100.

305. La dette alimentaire est intermittente, car les aliments ne sont dus qu'à ceux qui se trouvent dans le besoin, et que par ceux qui sont en état de les fournir. Elle est variable, car elle augmente ou elle diminue avec les besoins du créancier ou avec les ressources du débiteur.

Pour déterminer l'existence et le montant de la dette alimentaire, il faut toujours tenir compte d'un double élément : des besoins de celui qui réclame et des ressources de celui qui est poursuivi. La dette reste assujettie aux fluctuations des besoins de l'un et des ressources de l'autre ; elle peut toujours être augmentée, réduite ou supprimée selon les circonstances. Arg. de l'art. 209.

Cette règle s'applique distributivement entre les différents débiteurs. La diminution des ressources de l'un ou son insolvabilité l'autorise à demander la réduction ou la décharge de sa part dans la dette, sans que les autres en soient nécessairement, par cela seul, tenus à sa place ; car il n'y a pas solidarité. Seulement le créancier alimentaire peut obtenir contre eux une augmentation de pension, si leurs ressources personnelles permettent de la fournir.

III. — *Du mode de prestation de la dette alimentaire.*

Art. 210 et 211.

306. Le principe se dégage à *contrario* des art. 210 et 211 : l'obligation alimentaire doit être acquittée au moyen d'une pension en argent. La prestation des aliments en nature serait souvent une source d'inconvénients pour le créancier.

307. Il n'y a ni texte ni principe qui permette au juge de prescrire des garanties afin d'assurer le service de la pension alimentaire. Le juge qui condamnerait le débiteur des

aliments à donner une caution ou une hypothèque, violerait le principe que le cautionnement judiciaire ne peut être ordonné que dans les cas prévus par la loi, ou ce principe de la loi hypothécaire que l'hypothèque judiciaire est abolie. P. 1886, II, 317.

308. Le juge peut, *en connaissance de cause*, apporter exception au principe du paiement d'une pension pécuniaire, dans deux cas :

1° Lorsque le débiteur des aliments justifie qu'il lui est impossible d'acquitter ainsi sa dette, qu'il n'a d'autres moyens que de prêter les aliments en nature. Art. 210.

2° Lorsque c'est le père ou la mère qui offre de recevoir, de nourrir et d'entretenir l'enfant majeur auquel ils doivent des aliments. Art. 211. La loi ne peut pas admettre à priori que la cohabitation offerte par les père et mère présente des inconvénients pour l'enfant. Il n'est pas nécessaire, pour l'admission de l'offre faite par les père et mère, qu'ils soient dans l'impossibilité de payer une pension alimentaire.

IV. — *De la cessation de l'obligation alimentaire.*

Art. 206.

309. L'obligation alimentaire cesse évidemment du côté du créancier par le décès de celui-ci. *Constat alimenta cum vita finiri*. P. 1846, I, 503.

Mais quid du décès du débiteur? Paul qui est dans le besoin a deux petits-fils d'un fils prédécédé. L'un d'eux meurt après avoir institué un étranger son légataire universel, privant ainsi de tout droit à sa succession et son frère et son aïeul. On demande si Paul peut réclamer des aliments contre le successeur universel de son fils. L'opinion qui prévaut aujourd'hui et avec raison, c'est que l'obligation alimentaire est essentiellement personnelle comme la qualité d'où elle dérive; prenant uniquement sa source dans le lien de la parenté ou de l'alliance, elle doit s'éteindre avec la personne chez laquelle ce lien existait. Dans l'exemple proposé, le légataire ne peut être tenu du chef de son

auteur, puisque son auteur n'était lui-même tenu que par suite d'un lien qui s'est brisé avec lui. P. 1891, II, 157.

310. L'art. 206 dispose que l'obligation alimentaire entre alliés cesse dans deux cas :

1° Lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus du mariage, sont décédés.

2° Lorsque la belle-mère convole en secondes noces. Mais il ne faut pas oublier que la mère qui se remarie conserve toujours le droit de demander des aliments aux enfants de son premier lit. Art. 205. Il arrivera souvent ainsi que le gendre et la bru continueront à supporter indirectement la dette alimentaire après le remariage de leur belle-mère.

Aucun texte ne résout expressément la question de savoir si la belle-mère qui perd son droit aux aliments continue d'en devoir à son gendre et à sa bru. La négative est cependant certaine. Il résulte, en effet, de la combinaison des art. 206 et 207 qu'il faut lire l'art. 206 comme si le mot *réciproque* se trouvait intercalé dans l'expression *mais cette obligation cesse*.

Il n'y a aucune raison juridique de décider que l'obligation alimentaire entre alliés vient à cesser lorsque le beau-père se remarie ou que la bru convole en secondes noces.

V. — *De quelques difficultés particulières.*

311. Le parent ou l'allié qui a presté des aliments en exécution de nos articles ne peut en réclamer le remboursement lorsque celui qui les a reçus revient à meilleure fortune. La raison de cette décision est que la prestation des aliments ne constitue pas un prêt, mais l'acquittement d'une dette. On peut d'ailleurs argumenter en ce sens de l'art. 209.

312. Les tiers qui ont presté, sans intention de libéralité, les aliments que des parents auraient dû fournir, ont le droit de recourir contre ceux-ci, soit en vertu de l'art. 1166, soit en vertu du quasi-contrat de gestion d'affaires, pour se faire indemniser des dépenses qu'ils ont faites. D. 1890, I, 337. P. 1891, III, 305.

SECTION 2^e. — Des droits et des devoirs respectifs
des époux.

§ 1^{er}. — DES DEVOIRS COMMUNS AUX DEUX ÉPOUX.

Art. 212.

313. En morale, l'adultère du mari et l'adultère de la femme constituent l'un et l'autre une infraction également grave. En droit, ils n'entraînent pas les mêmes conséquences.

Tout adultère de la femme est par lui seul une cause de divorce ou de séparation de corps. Tout adultère du mari n'est point en lui-même une cause de divorce ou de séparation; il faut qu'il réunisse les caractères déterminés par l'art. 230 ou qu'il soit entouré de circonstances de nature à lui faire attribuer le caractère d'une injure grave. Art. 229 à 231.

Tout adultère de la femme est un délit. L'adultère du mari n'est un délit que lorsqu'il réunit les caractères déterminés par l'art. 230 du Code civil. Art. 387 et 389 code pén.

314. Le devoir de secours dont parle l'art. 212 s'applique aux besoins matériels des époux. Ce n'est pas autre chose que l'obligation alimentaire.

L'obligation alimentaire de la femme s'exécute en argent, car le mari est le chef du ménage. Art. 213.

Régulièrement, l'obligation alimentaire du mari s'exécute en nature, car la femme doit habiter avec son mari. Art. 214. Par exception, l'obligation du mari doit s'exécuter au moyen d'une pension alimentaire, dans tous les cas où la femme est légalement affranchie du devoir de cohabitation, soit par un jugement de séparation de corps, soit autrement. J. T. 1891, p. 879.

Il arrive parfois que les époux se séparent de commun accord et conviennent que le mari payera une pension alimentaire à sa femme. La séparation volontaire des époux est nulle et aussi la convention pécuniaire qui en est l'accessoire. Art. 6. La femme n'a donc pas le droit d'exiger le paiement de la pension alimentaire; son devoir est de reprendre la cohabitation, si le mari l'exige. J. Liège, 1891, p. 109.

L'obligation alimentaire est une conséquence du mariage; elle dure autant que lui. Elle subsiste donc pendant la séparation de corps, même au profit de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.

315. — Par le mot assistance à l'art. 212 le législateur veut désigner les soins personnels que les époux se doivent l'un à l'autre, p. ex. en cas de maladie.

Le refus d'assistance peut, suivant le cas, constituer une injure grave, cause de divorce ou de séparation de corps.

§ 2°. — DES DEVOIRS PROPRES A CHAQUE ÉPOUX.

I. — *Du devoir de protection du mari et du devoir d'obéissance de la femme.*

Art. 213.

316. Le mari est le chef de l'association conjugale. La femme est soumise à la puissance maritale.

La puissance maritale se justifie par cette considération que, dans une société de deux personnes, comme celle qui résulte du mariage, il faut que l'un des associés ait la prééminence sur l'autre, à peine d'aboutir à l'inertie, ou de troubler les rapports sociaux par l'intervention des tribunaux, afin de trancher d'incessants conflits. Or, si la prééminence doit appartenir à l'un des époux, on ne peut douter que ce soit au mari, appelé par sa nature à se mettre en rapport avec l'extérieur et qui chargé de pourvoir à la subsistance de la famille, est par là même désigné pour gérer son patrimoine et veiller à ses intérêts. (Rapport de la commission de revision du Code civil.)

La puissance maritale emporte pour le mari le droit d'ouvrir les lettres particulières adressées à sa femme ou envoyées par elle ⁽¹⁾.

(1) HANSENS. *Du secret des lettres*. Bruxelles, 1890.

La Constitution en établissant le secret des lettres n'a entendu régler que les rapports normaux des individus entre eux et avec l'Etat. Mais il y a des personnes qui se trouvent entre elles dans des rapports exceptionnels de puissance d'une part et de subordination de l'autre, puissance maritale, paternelle ou tutélaire. Aux personnes qui se trouvent dans pareille situation de dépendance, le secret des lettres est inapplicable.

Elle emporte encore pour le mari le droit de décider souverainement si sa femme peut exercer telle ou telle profession, p. ex. celle d'artiste lyrique ou de marchande publique. Art. 9 de la loi du 15 décembre 1872.

II. — *Du devoir de cohabitation des époux.*

Art. 214.

317. La femme est obligée d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, même à l'étranger. Ce devoir de la femme a pour corrélatif, du côté du mari, l'obligation de recevoir sa femme chez lui et de l'y traiter en épouse légitime. Il ne suffit pas que le mari la reçoive, il faut qu'il lui donne dans sa maison la situation morale et matérielle qui lui est due.

Les époux sont affranchis du devoir de cohabitation par la séparation de corps.

Les principes généraux du droit permettent de reconnaître à la femme de justes motifs de s'éloigner temporairement du domicile conjugal; la femme ne peut être contrainte de remplir ses devoirs vis-à-vis du mari, lorsque le mari ne remplit pas les siens vis-à-vis d'elle. Toute séparation de fait par la femme est donc justifiée, lorsqu'elle est causée par la *faute* du mari; mais la séparation ne reste légitime qu'autant que la faute qui l'a motivée continue de subsister. B. J. 1883, p. 1172, et 1884, p. 577.

318. Quelle est la sanction du devoir de cohabitation?

La *désertion malicieuse* constitue une injure grave pour l'époux abandonné. Celui-ci peut donc demander le divorce ou la séparation de corps en vertu des art. 231 et 306.

Il est clair encore que la femme peut faire condamner son mari au paiement d'une pension alimentaire, lorsque celui-ci refuse de la recevoir chez lui et de la traiter d'une manière convenable. De même, le mari peut refuser tout secours pécuniaire à la femme qui déserte indûment le domicile conjugal. D. 1889, II, 243; P. 1891, III, 246.

Mais le devoir de cohabitation de la femme présente-t-il une sanction directe autre que le refus d'aliments?

Il est généralement admis que le jugement qui ordonne à la femme de réintégrer le domicile conjugal emporte de plein droit pour le mari la faculté de recourir à l'emploi de la force publique, non pas sans doute pour séquestrer la femme, mais pour la ramener chez lui et affirmer ainsi son autorité maritale dans l'espoir qu'une réconciliation pourra s'ensuivre ou, du moins, que la femme intimidée par l'emploi de la force publique, n'osera pas désertir de nouveau le domicile conjugal ⁽¹⁾.

On s'accorde aussi à décider que le mari peut demander à la justice que sa femme soit condamnée à des dommages-intérêts envers lui, évalués à une somme fixe ou à tant par jour de retard qu'elle mettra à réintégrer le domicile conjugal. P. 1879, I, 50.

SECTION 3^e. — De l'incapacité de la femme mariée ⁽²⁾

319. La femme mariée est incapable en ce sens qu'elle ne peut, en son nom personnel, ni ester en justice, ni faire des actes juridiques quelconques, sans une autorisation spéciale qui doit régulièrement émaner de son mari. Art. 215 et 217.

L'incapacité de la femme est générale; elle existe quel que soit le régime sous lequel les époux sont mariés. La femme est incapable à partir de la célébration du mariage, et elle ne cesse de l'être qu'après sa dissolution. La femme séparée de corps reste incapable.

Dans le système du Code, l'incapacité de la femme mariée n'est pas uniquement fondée sur le maintien de la subordination de la femme au mari. Elle est aussi fondée sur l'incapacité de la femme aux affaires, la *fragilitas sexûs muliebris*, qui réclame une sorte de curatelle. Cette idée de l'incapacité

⁽¹⁾ GARSONNET. *Traité de procédure*. T III, § 529.

⁽²⁾ PASCAUD. *De la capacité civile de la femme mariée et de l'extension qu'elle comporte*. 1889.

naturelle de la femme n'est pas en harmonie avec le principe que la femme non mariée, fille ou veuve, est aussi capable que l'homme. Elle est cependant la base de certaines dispositions du Code, notamment de celles qui obligent la femme à demander l'autorisation de la justice quand le mari ne *peut* donner la sienne, et de celles qui exigent une autorisation *spéciale* pour chaque acte, sans que le mari qui a confiance dans sa femme puisse lui donner une autorisation *générale* (d'ailleurs révocable), embrassant tous les actes ou une série d'actes. P. 1879, I, 71.

§ 1^{er}. — DE L'ÉTENDUE DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

I. — *En matière judiciaire.*

Art. 215 et 216.

320. La femme ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari. Art. 215.

Cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux. On doit en conclure que la femme est incapable d'ester en justice :

Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance. Donc aussi bien lorsqu'elle est défenderesse que lorsqu'elle est demanderesse.

Quel que soit l'objet du procès. Donc même lorsqu'il s'agit d'une contestation relative à un acte qu'elle a valablement accompli, soit parce qu'elle y était autorisée, soit parce qu'elle avait le droit de le faire sans autorisation. C'est ainsi que la loi dit *quand même elle serait marchande publique ou séparée de biens*.

Quel que soit l'adversaire de la femme. Donc même lorsque c'est son mari.

Quelle que soit la juridiction saisie du procès. Donc même en justice de paix.

321. Par exception, l'autorisation du mari n'est pas requise :

1^o Dans les instances en divorce, en séparation de corps et

de biens, ou en séparation de biens seulement. Art. 240, 241 c. c., 865, 875 et suiv. c. pr. civ.

2° Lorsque la femme est poursuivie en matière pénale. Art. 216.

La femme doit-elle être autorisée pour défendre à une action civile née d'un délit de droit pénal?

Il faut distinguer trois hypothèses :

La partie lésée agit devant la juridiction civile. La règle de l'art. 215 doit être observée.

La partie lésée agit devant la juridiction pénale, déjà saisie de l'action publique par le ministère public. L'exception de l'art. 216 devient applicable. P. 1888, III, 131.

La partie lésée agit devant la juridiction pénale, par voie de citation directe. L'exception de l'art. 216 devient encore applicable. L'erreur des civilistes qui enseignent la solution contraire vient de ce qu'ils ignorent ce principe de procédure pénale que la citation directe devant le tribunal correctionnel ou de police a pour effet de mettre l'action publique en mouvement, avant toutes conclusions du ministère public. Le tribunal est si bien saisi de l'action publique par la seule citation directe de la partie civile, qu'il a le devoir d'appliquer la loi pénale au prévenu, dès qu'il estime que l'existence du délit ou de la contravention est établie, alors même que les conclusions du ministère public tendraient à l'acquiescement.

II. — *En matière extrajudiciaire.*

Art. 217.

322. Le principe de l'incapacité n'est pas complètement exprimé par l'art. 217. Une dernière partie du principe doit être cherchée *a contrario* dans les art. 220 à 224.

La véritable formule est que la femme, même séparée de biens, ne peut *aliéner* ni *acquérir*, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ni *s'obliger*, sans être dûment autorisée, sauf les exceptions déterminées par la loi.

La femme est incapable d'aliéner. La loi ne distingue pas entre l'aliénation totale et l'aliénation partielle; elle croit même devoir citer un mode spécial d'aliénation partielle, l'hypothécatation qui diminue le droit du propriétaire. Elle ne distingue pas non plus entre l'aliénation à titre onéreux et l'aliénation à titre gratuit; il semble même que le mot aliéner s'applique plus particulièrement à l'aliénation à titre onéreux, puisque la loi ajoute le mot *donner*. Le texte comprend dans ce terme général *aliéner* toutes les aliénations, même celles qui rentrent dans le cercle des actes d'administration à raison de leur nature ou de leur objet; tel est le fait d'aliéner une récolte, d'acquitter une dette.

La femme est incapable d'acquérir à titre gratuit ou onéreux. La loi rend la femme incapable d'acquérir à titre gratuit *ne turpem quoestum faciat*. Art. 776, 905 et 934.

La femme est incapable de s'obliger. La lacune que présente l'art. 217 sur ce point est comblée par d'autres textes. Il y a d'abord les art. 221, 222 et 224 qui veulent que la femme soit autorisée pour *contracter*, c'est-à-dire pour s'obliger par contrat; or, le contrat est la source principale des obligations. Il y a ensuite l'art. 220 qui présente comme exceptionnel le cas de la femme marchande publique qui peut *s'obliger* sans autorisation pour tout ce qui concerne son négoce. L'argument *à contrario* est concluant ici, parce qu'il résulte d'une collection de textes, et non d'un article isolé, et aussi parce qu'il est conforme à l'esprit de la loi. Art. 213.

323. Les actes extrajudiciaires à l'égard desquels la femme mariée est dans la même condition que la femme non mariée sont de deux catégories. Les uns restent en dehors de la règle d'incapacité des art. 217 et suiv., parce que cette règle ne les concerne pas. Les autres échappent à l'application de la règle d'incapacité, parce qu'une disposition particulière les soustrait à son empire.

A. La femme mariée peut faire, sans l'autorisation de son mari, tous les actes qui n'engendrent par eux-mêmes ni aliénation, ni acquisition, ni obligation, pour le temps du

mariage. C'est ainsi qu'elle peut, sans l'autorisation de son mari :

Faire un testament ou le révoquer. Art. 226 et 905, al. 2.

Reconnaître l'enfant naturel qu'elle a procréé avant son mariage soit avec son mari, soit avec tout autre.

Exercer sur la personne des enfants légitimes ou naturels qu'elle a eus d'un autre que de son mari, tous les droits de la puissance paternelle dans le sens le plus large de cette expression, p. ex. donner son consentement à leur mariage, les émanciper, accepter en leur nom les donations qui leur sont offertes.

Faire tous les actes conservatoires de son patrimoine, à l'exception de ceux pour lesquels il serait nécessaire d'estimer en justice. Par acte conservatoire il faut entendre l'acte qui a pour objet de maintenir l'existence d'un droit ou d'en assurer l'exercice.

La règle de l'autorisation maritale est étrangère aux obligations qui naissent à la charge de la femme, sans manifestation de volonté, de sa part. Ainsi, la femme peut, indépendamment de la volonté du mari, se trouver valablement engagée lorsqu'il s'agit d'une obligation qui découle de la loi seule ou qui prend sa source soit dans la *versio in rem*, soit dans le fait d'un tiers, soit dans un délit ou un quasi-délit.

B. Par exception à la règle de son incapacité, la femme mariée peut, sans l'autorisation de son mari :

1° Révoquer une donation entre vifs qu'elle a faite à son mari pendant le mariage. Art. 1096.

2° Faire tous les actes d'administration de ses biens, mais seulement lorsqu'elle s'est réservé cette capacité dans son contrat de mariage ou lorsqu'elle est séparée de corps ou qu'elle a obtenu la séparation de biens judiciaire. Cette matière rentre dans le titre du contrat de mariage. Il suffit de fixer ici le principe que la règle de l'incapacité de la femme est susceptible d'être restreinte dans son application par l'effet des conventions matrimoniales, et aussi par l'effet de la séparation de corps ou de la séparation de biens. Art. 311, 1449, 1534, 1536 et 1576.

324. On vient de voir que le contrat de mariage peut diminuer l'incapacité de la femme, en disposant qu'elle se réserve l'administration et la jouissance de tout ou partie de sa fortune. En sens inverse, le contrat de mariage peut augmenter l'incapacité de la femme, par la stipulation que les immeubles dont elle apporte la jouissance pour subvenir aux charges du ménage, seront inaliénables même du consentement de son mari. Art. 1554.

§ 2°. — DE L'AUTORISATION DU MARI.

I. — *De la forme de l'autorisation.*

Art. 215 et 217.

325. L'autorisation du mari n'est pas autre chose que son assentiment à l'acte juridique ou au procès que la femme veut passer ou soutenir. Le consentement vaut autorisation. La loi s'est servie indifféremment des expressions *autorisation* et *consentement*.

De droit commun le consentement n'est soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque; il peut se manifester expressément ou tacitement; le consentement exprès peut se donner verbalement aussi bien que par écrit, et le consentement tacite peut résulter de toute espèce de faits qui impliquent la volonté de consentir. La question est de savoir si le Code a dérogé en notre matière à ces règles du droit commun.

Il n'y a nulle difficulté quant à l'autorisation requise en matière judiciaire. L'art. 215 se borne à fixer le principe que l'autorisation du mari est nécessaire, sans prescrire aucune condition de forme. L'autorisation peut donc être expresse ou tacite; l'autorisation expresse peut être verbale, l'autorisation tacite peut résulter non seulement du concours du mari dans le procès, mais encore de tous autres faits concluants. Si le procès se meut entre la femme et le mari et que la femme soit défenderesse, elle doit être tenue pour autorisée tacitement par cela seul que son mari l'attaque;

si elle est demanderesse, le mari doit être considéré comme l'autorisant tacitement à plaider, par cela seul qu'il accepte le débat et conclut au fond. P. 1889, II, 376; 1891, III, 246.

326. L'art. 217 déroge-t-il au droit commun sur les modes de manifestation de la volonté? Décide-t-il vraiment que l'autorisation expresse ne peut être donnée que par écrit, et que l'autorisation tacite ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte accompli par la femme, c'est-à-dire de la coopération du mari?

Il faut entendre l'art. 217 en ce sens :

1° Que l'autorisation tacite doit *toujours* résulter de la participation du mari à l'acte accompli par la femme. On ne peut faire résulter l'autorisation d'autres faits posés par le mari, quelque concluants qu'ils soient. P. 1872, II, 74. D. 1881, I, 354.

2° Que l'autorisation expresse peut être simplement verbale, mais qu'on n'est *jamais* recevable à *prouver* par témoins (*) l'existence d'une autorisation verbale; on doit nécessairement recourir aux autres modes de preuve établis par le Code, c'est-à-dire à l'aveu et au serment. Cette interprétation des termes de l'art. 217 ou *son consentement par écrit* est en harmonie avec plusieurs autres textes du Code, notamment les art. 2044 et 2085, qui exigent aussi l'écriture, non pas pour en faire une condition de forme, mais pour proscrire virtuellement toute preuve testimoniale. On ne s'expliquerait pas d'ailleurs pourquoi le législateur aurait solennisé l'autorisation expresse, alors qu'il admettait l'autorisation tacite.

Le consentement par écrit du mari n'est assujéti à aucune règle spéciale; il se donne par acte authentique ou sous seing privé; une simple lettre missive suffit. L'emploi de la forme authentique n'est jamais prescrit, même lorsqu'il s'agit d'autoriser un acte pour lequel cette forme est nécessaire, tel qu'une donation entre-vifs ou une constitution d'hypothèque. Lorsque la loi exige, à peine d'inexistence,

(*) Ni par conséquent par présomptions. Art. 1353.

qu'une opération juridique soit faite par un acte authentique, ce n'est que tout ce qui tient à l'*expression du consentement* des parties qui doit être constaté de cette sorte; il en est ainsi du mandat donné par l'une des parties à l'effet de se faire représenter dans l'opération. Mais l'autorisation maritale n'a rien de commun avec la libre expression de la volonté de la femme; elle n'est qu'une *condition de capacité* personnelle tout à fait extrinsèque.

II. — De la spécialité de l'autorisation.

Art. 223 et 1538.

327. D'après l'art. 223, toute autorisation générale est nulle, sauf pour les actes d'administration des biens de la femme. Ce texte est très mal rédigé; il signifie uniquement que toute autorisation générale est inefficace, ne peut relever la femme de son incapacité.

L'art. 223 considère l'incapacité de la femme comme un résultat de son inaptitude aux affaires. Il veut que le mari soit mis à même d'examiner l'opportunité et les conditions de chaque affaire en particulier que la femme se propose de traiter. C'est pour cela qu'il exige que l'autorisation soit donnée séparément pour chaque procès, pour chaque acte juridique que la femme veut soutenir ou passer. L'autorisation maritale doit être *ad rem quæ geritur accommodata*, comme on disait dans l'ancien droit. P. 1861, I, 45; 1879, I, 71. D. 1889, I, 357.

L'art. 10 (qui reproduit textuellement notre art. 220) et l'art. 11 de la loi du 15 décembre 1872 apportent une exception au principe de la spécialité de l'autorisation. La femme autorisée à faire le commerce est par là même autorisée à faire tous les actes extrajudiciaires que comporte son commerce, et même à engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles, si les besoins de son commerce l'exigent.

328. L'art. 223 semble dire qu'une autorisation générale donnée par le mari vaudrait pour les actes d'administration des biens de la femme.

Le législateur a mal rendu sa pensée. De deux choses l'une : ou le contrat de mariage a établi un régime qui réserve à la femme l'administration et la jouissance de ses biens, ou il a institué un régime qui donne au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme.

Dans le premier cas, la femme est pleinement capable d'administrer ses biens. Art. 1536 et 1576. Mais cette capacité particulière n'est pas alors le résultat d'une *autorisation* générale du mari; elle est plutôt la conséquence du régime exceptionnel que les époux ont établi par leur contrat de mariage.

Dans le second cas, il est impossible de concevoir que le mari donne une *véritable autorisation* à la femme d'administrer ses biens. Il faut savoir, en effet, que l'art. 1395 interdit tout changement aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage; le mari ne peut donc se dépouiller du droit d'administration et de jouissance que le contrat de mariage lui a attribué sur les biens de la femme. Art. 1428, 1531 et 1549. La seule chose que le mari puisse faire alors, c'est de donner à la femme un *mandat* plus ou moins étendu, pour les actes d'administration des biens en question, comme de tous autres; mais en ce cas la femme représentera le mari dans ces actes, au lieu de les faire pour son propre compte et avec *autorisation*.

329. L'autorisation ne s'applique qu'à l'instance ou à l'acte juridique déterminé pour lequel elle a été accordée et seulement sous les conditions auxquelles elle a soumis l'accomplissement de cet acte. Il n'est jamais permis d'étendre l'autorisation d'un cas exprimé à un cas non exprimé, même par identité de raison.

Mais qui veut la fin veut les moyens. Aussi l'autorisation s'étend-elle virtuellement aux formalités préliminaires et aux suites nécessaires de l'affaire pour laquelle elle a été donnée. P. 1883, II, 307.

§ 3°. — DE L'AUTORISATION DE LA JUSTICE.

330. En principe, c'est au mari seul qu'il appartient, par son autorisation, de relever la femme de l'incapacité. Mais

ce système des art. 215 et 217 est modifié par celui des art. 218 et 219 d'une part, 221, 222 et 224 d'autre part, qui déterminent des cas dans lesquels l'autorisation du mari peut ou doit être remplacée par celle de la justice.

I. — *Des cas où l'autorisation de la justice peut remplacer celle du mari.*

Art. 218 et 219.

331. En général, le Code permet à la femme d'en appeler à la justice, lorsque le mari lui *refuse* son autorisation. La justice aura à apprécier les circonstances et, en en tenant compte, donnera ou refusera l'autorisation.

Toutefois, il y a certains cas exceptionnels dans lesquels il n'appartient pas à la justice d'autoriser la femme, sur le refus du mari. Art. 1029 c. c. et 1004 c. pr. civ.

II. — *Des cas où l'autorisation de la justice doit remplacer celle du mari.*

Art. 221, 222 et 224.

332. Le Code exige que la femme soit autorisée de la justice dans tous les cas où le mari est indigne ou incapable ou dans l'impossibilité de donner son autorisation. Nos articles 221, 222 et 224 sont l'expression juridique de cette idée fautive que la femme est *naturellement* incapable. Si vraiment la femme a besoin d'une sorte de curatelle, on comprend que cette curatelle doive être exercée par la justice lorsque le mari n'est pas en état de l'exercer lui-même.

La justice est appelée à exercer en place du mari, le droit d'autorisation :

1° Lorsque le mari a été condamné à une peine criminelle, mais seulement pendant la durée de la peine. Art. 221. Cet article dit *peines afflictives ou infamantes*. Les peines afflictives s'appellent aujourd'hui peines criminelles ; quant aux peines infamantes, elles n'existent plus.

2° Lorsque le mari est absent ou interdit. Art. 222. P. 1862,

I, 162. Cette disposition doit être appliquée par analogie au cas où le mari est placé dans un établissement d'aliénés. P. 1872, II, 107 ; 1887, III, 90.

3° Lorsque le mari est mineur. Art. 224. Cette disposition doit subir une restriction. Le mari mineur reste capable d'autoriser sa femme pour les affaires qui rentrent dans la catégorie de celles qu'il peut traiter sans l'assistance de son curateur. Art. 476 et 481.

4° Lorsque le mari est placé sous conseil judiciaire, mais seulement quant aux actes qui rentrent dans la catégorie de ceux pour la validité desquels il doit être assisté de son conseil. Art. 513. Il est évident, en effet, que le mari ne peut pas autoriser sa femme à passer un acte qu'il est lui-même incapable de faire.

333. On s'est demandé comment la femme doit être habilitée dans deux hypothèses qui se présentent fréquemment.

La première est celle où la femme veut traiter avec un tiers dans l'intérêt de son mari ou bien avec son mari lui-même. Le mari est-il incapable de l'autoriser, en vertu de la règle *nemo potest esse auctor in rem suam* ? La négative est certaine, comme il appert de l'art. 1431. La maxime en question n'est applicable que quand l'autorisation a pour *seul* but de garantir les intérêts individuels de l'incapable.

La seconde est celle où la femme est séparée de corps. La femme peut-elle s'adresser directement à la justice, sans avoir sollicité au préalable l'autorisation de son mari ? Aucun texte ne le lui permet. C'est là une lacune regrettable.

§ 4°. — DES EFFETS DE L'AUTORISATION.

334. La femme est relevée de l'incapacité dont elle était frappée *comme femme mariée*. Elle devient aussi capable ni plus ni moins, que si elle n'était pas mariée. De là deux conséquences :

1° Elle ne peut attaquer l'acte qu'elle a passé sous prétexte que l'autorisation en vertu de laquelle elle a agi lui été donnée contrairement à ses intérêts.

2° Elle peut, nonobstant l'autorisation, attaquer l'acte

qu'elle a consenti par tous les moyens qu'elle pourrait faire valoir contre cet acte, si elle n'était pas mariée.

335. En principe, le mari n'est point, à raison de l'autorisation qu'il a donnée et encore moins à raison de celle que le juge a accordée à sa place, obligé envers les tiers avec lesquels la femme a contracté ou plaidé. Il ne faut pas confondre l'autorisation avec le mandat. La femme autorisée agit en son propre nom; elle s'oblige elle-même sans obliger son mari. *Qui auctor est non se obligat. Alias est vendere, alias est vendenti consentire.* La femme mandataire agit au nom de son mari; elle l'oblige sans s'obliger elle-même. *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

Ce principe subit toutefois l'influence des divers régimes matrimoniaux et spécialement des régimes en communauté. Art. 220, 1049, 2°, 1419, 1427.

§ 5°. — DES CONSÉQUENCES DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

Art. 225.

I. — En matière judiciaire.

336. L'adversaire de la femme demanderesse peut refuser de défendre à l'action. Il a le droit de conclure à ce qu'avant tout la demanderesse soit tenue de rapporter l'autorisation de son mari ou celle de la justice et que, faute par elle de produire cette autorisation dans le délai imparti par le juge, elle soit déclarée non recevable dans sa demande. Il est de principe, en effet, que tout défendeur a qualité pour vérifier la capacité de celui qui l'appelle en justice. P. 1888. II, 281 ; 1891, II, 209.

337. Les jugements obtenus par une femme non autorisée ne peuvent être attaqués, pour ce motif, par la partie contre laquelle ils ont été rendus. Arg. de l'art. 225. P. 1845, I, 265.

Les jugements rendus contre une femme non autorisée peuvent être attaqués, pour ce motif, par la femme dans les formes et les délais des voies de recours établis par le Code de procédure civile. Ils peuvent même être attaqués par le pourvoi en cassation, encore que le défaut d'autorisation n'ait été

proposé ni en première instance, ni en instance d'appel. C'est que le jugement rendu contre une femme non autorisée à ester en justice constitue par lui-même une violation directe de l'art. 215 qui est une loi d'ordre public. P. 1883, I. 249. D. 1888, I, 214 ; 1891, II, 101. Mais ces jugements ne peuvent jamais être attaqués par une action principale en nullité. Il est de principe, en procédure civile, que *voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*. Si les délais pour exercer les voies (ordinaires ou extraordinaires) de recours sont expirés, le jugement possède l'autorité de la chose jugée.

Quant au mari, il peut attaquer les jugements rendus contre sa femme non autorisée, par la voie de la tierce opposition, voie de recours réservée à ceux qui n'ont pas été parties dans l'instance. Art. 474 c. pr. civ.

II. — *En matière extrajudiciaire.*

338. Les actes extrajudiciaires faits par la femme sans autorisation sont nuls. La nullité résulte des termes prohibitifs de l'art. 217. Il est de principe, en effet, que la violation d'un texte prohibitif entraîne nullité. Dire qu'un acte est impossible légalement parlant, c'est déclarer énergiquement que si cet acte vient à être fait, il sera nul. Arg. de l'art. 225.

Les actes faits sans autorisation ne sont pas *nuls de plein droit* ; le défaut d'autorisation donne seulement lieu à une action en nullité. Art. 1304. P. 1873, I, 12. Mais ils sont *nuls de droit*, en ce sens que leur nullité dérive du seul défaut d'autorisation, indépendamment de toute question de lésion.

Les actes faits sans autorisation ne sont frappés que d'une nullité purement *relative*. La nullité ne peut être proposée que par le mari ou par la femme, ainsi que par leurs héritiers, c'est-à-dire par les héritiers de la femme et même par ceux du mari, en tant qu'ils auraient intérêt à faire valoir la nullité. Les personnes qui ont traité avec la femme ne peuvent pas invoquer la nullité. Art. 225 et 1225, al. 2. La nullité est susceptible de se couvrir soit au moyen de la confirmation, soit au moyen de la prescription. Art. 1304 et 1338.

Les créanciers de la femme ou du mari sont autorisés à proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, en vertu du principe de l'art. 1166. D. 1888, II, 225.

339. La nullité prononcée virtuellement par l'art. 217 atteint-elle les actes que la femme a passés en se présentant comme fille ou veuve? Il est de principe que la simple déclaration de capacité faite par un incapable ne saurait l'empêcher d'invoquer plus tard le moyen de nullité. Arg. de l'art. 1307. *Qui cum alio contrahit, debet esse non ignarus conditionis ejus*. Il en serait autrement si la femme avait employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à son état de fille ou de veuve. Arg. des art. 1310 et 1382.

340. La nullité résultant du défaut d'autorisation se couvre absolument par la confirmation des deux époux. Art. 1338. Mais quel serait l'effet de la confirmation qui n'émanerait que d'un seul des époux?

La question ne fait aucune difficulté quant à la confirmation qui n'aurait lieu qu'après la dissolution du mariage, ni quant à celle qui serait donnée par la femme durant le mariage, avec la simple autorisation de justice.

La question n'est controversée que quant à la confirmation qui serait donnée par le mari seul durant le mariage. La nullité serait-elle couverte d'une manière absolue, à l'égard de la femme comme du mari, ou ne serait-elle couverte que d'une manière relative, à l'égard du mari seul? La raison de douter se tire de l'art. 183 qui dispose que la nullité du mariage pour défaut de consentement des parents est couverte d'une manière absolue toutes les fois que ceux-ci ont approuvé le mariage expressément ou tacitement. La raison de décider est que l'art. 183 est une disposition tout à fait spéciale à la matière des nullités de mariage. Il est contraire aux principes généraux du droit d'admettre que le mari puisse, par sa seule volonté, priver la femme de l'action en nullité dont elle est investie par l'art. 225. C'est un pur artifice de langage de dire que l'approbation du mari donne à l'acte de la femme tout ce qui lui manquait pour être valable. Il est de l'essence de l'habilitation qu'elle

soit concomittante de l'acte accompli par l'incapable. L'approbation postérieure du mari ne saurait être une habilitation de la femme; elle n'est qu'une simple renonciation à son action en nullité à lui. P. 1875, II, 131; 1891, III, 66. D. 1873, II, 92.

APPENDICE. — Du mandat pour la gestion quotidienne du ménage.

341. La femme reçoit du mari par le seul fait de la vie commune le mandat de pourvoir le ménage de tous les objets nécessaires à la vie de chaque jour, *selon la fortune et la condition sociale des époux*. Elle engage donc son mari pour toutes les dépenses qui rentrent dans les limites de ce mandat. Au delà de ces limites, elle ne représente plus son mari ⁽¹⁾. P. 1889, III, 119; 1891, III, 289. D. 1891, II, 257.

Quel que soit le régime matrimonial des époux, le mari est toujours le chef du ménage. Art. 213. C'est donc toujours à lui qu'il appartient d'ordonner les dépenses et de payer aux fournisseurs les sommes qui leur sont dues. Mais aussi la femme a toujours de lui un mandat tacite pour la gestion quotidienne du ménage. Il suit de là que, même sous le régime de séparation de biens, les fournisseurs ont une action directe contre le mari en paiement des marchandises qu'ils ont livrées à la femme pour les besoins du ménage. P. 1891, II, 11.

La femme qui agit en qualité de mandataire du mari n'est point tenue personnellement envers les tiers au paiement des fournitures qu'elle commande; elle n'engage que son mari. Les conventions matrimoniales expresses ou tacites qui déterminent la part de la femme dans les charges du mariage ne concernent que les rapports respectifs des

(¹) Les juges ne doivent donc pas toujours condamner le mari au paiement intégral des fournitures faites à la femme; ils peuvent faire subir une réduction aux factures qui leur paraissent exagérées. Pour la somme retranchée de leurs factures, les fournisseurs peuvent-ils poursuivre la femme en vertu des commandes qu'elle leur a faites? D. 1891, II, 257.

époux; elles ne créent aucun droit contre la femme au profit des fournisseurs. P. 1891, II, 11. Jurisp. Liège, 1891, p. 322. J. T., 1891, p. 594.

342. Le mandat tacite relatif à la gestion quotidienne du ménage a pour fondement la vie commune des époux. Il semble logique d'en conclure que ce mandat prend fin lorsque la vie commune vient à cesser soit par une séparation de droit, soit même par une simple séparation de fait. Seulement il faut toujours tenir compte de la disposition de l'art. 2005. D. 1891, II, 257.

Le mari peut aussi faire défense aux fournisseurs d'accorder crédit à sa femme. J. T., 1891, p. 767.

Le plus souvent le mari n'emploie pour prévenir les fournisseurs que la voie d'un avertissement inséré dans les journaux. Ce procédé n'est pas d'une efficacité absolue.

CHAPITRE 6^r.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

Art. 227.

343. Le mariage se dissout par la mort de l'un des époux et par le divorce légalement prononcé. Il se dissout aussi par l'annulation judiciaire. A la différence de l'annulation, la simple dissolution n'opère jamais que pour l'avenir.

Sauf le cas de divorce par consentement mutuel, le mari peut contracter un nouveau mariage aussitôt après la dissolution du premier; la femme, au contraire, doit toujours attendre l'expiration d'un délai de dix mois. Art. 228 et 296. L'empêchement établi par ces articles est d'ailleurs purement prohibitif, puisqu'en matière de mariage il n'y a pas d'autres nullités que celles qui sont prononcées par un texte exprès ⁽¹⁾.

(¹) Il est intéressant de comparer deux textes voisins, les art. 217 et 223, et d'observer qu'ils n'ont pas la même sanction quoiqu'ils soient conçus dans les mêmes termes.

TITRE VI.

Du mariage et de la séparation de corps ⁽¹⁾.

344. Sous la rubrique du divorce, les rédacteurs du Code ont compris et le divorce proprement dit, qui dissout le mariage, et la séparation de corps, qui ne fait qu'en relâcher les liens.

Le divorce était inconnu dans l'ancien droit français. Le droit canonique n'autorisait que la séparation de corps qui s'appelait alors séparation d'habitation.

La législation intermédiaire prohiba, au contraire, la séparation; elle n'autorisa que le divorce. La loi du 20 septembre 1792 institua trois modes de divorce : le divorce par consentement mutuel; le divorce prononcé sur la demande d'un des conjoints pour simple cause d'incompatibilité d'humeur ou de caractère; le divorce pour cause déterminée. Cette législation était immorale et odieuse; elle laissait les époux se jouer du mariage, en leur permettant de le rompre sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur; elle violentait la conscience des catholiques en proscrivant la séparation de corps.

345. Le Code a maintenu le divorce et rétabli la séparation de corps.

Il a maintenu le divorce, mais il l'a restreint dans des limites rigoureuses. Il n'a pas cru devoir le refuser à ceux dont les convictions religieuses ne reconnaissent pas l'indissolubilité absolue du mariage. Il ne l'a autorisé que pour certaines causes graves nettement déterminées, et aussi par le consentement mutuel des époux. Il a réglementé d'une manière complète toute cette matière.

(1) GLASSON. *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes.*

Il a rétabli la séparation de corps en l'admettant dans tous les cas où il y a lieu à divorce pour cause déterminée, mais il l'a organisée d'une manière bien défectueuse et très incomplète.

Dans le système du Code, l'état de séparation de corps est un état essentiellement provisoire qui est destiné à cesser bientôt et à être remplacé soit par le rétablissement complet de la société conjugale, soit par le divorce. Art. 310. P. 1886, II, 317. De plus, le Code est d'un laconisme extrême sur cette matière ; il ne lui consacre que six articles qui sont placés à la fin du titre comme dans une sorte d'appendice. De là, beaucoup de contestations sur le point de savoir si l'on peut appliquer à cette matière certaines dispositions du divorce.

346. Le commentaire du titre sera divisé en deux grands chapitres, l'un consacré au divorce, l'autre à la séparation de corps.

Les dispositions des art. 234 à 263 réglant les formalités judiciaires du divorce pour cause déterminée, et celles des art. 281 à 293 organisant les formalités du divorce par consentement mutuel, sont étrangères au cours de droit civil.

CHAPITRE 1^{er}. — DU DIVORCE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Du divorce pour cause déterminée.

§ 1^{er}. Des causes admises par le Code.

I. De l'adultère.

II. Des excès, sévices ou injures graves.

III. Du cas de l'art. 310.

§ 2^e. — De l'action en divorce.

§ 3^e. — Des mesures provisoires et conservatoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce.

I. — Des mesures provisoires relatives à la femme.

II. — Des mesures provisoires relatives aux enfants.

III. — Des mesures conservatoires des intérêts pécuniaires de la femme.

§ 4°. — Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce.

§ 5°. — De la prononciation du divorce.

SECTION 2°. — Du divorce par consentement mutuel.

§ 1^{er}. — Des conditions du divorce.

§ 2°. — De la prononciation du divorce.

SECTION 3°. — De la nullité du divorce.

SECTION 4°. — Des effets du divorce.

§ 1^{er}. — Des effets de tout divorce.

§ 2°. — Des effets du divorce pour cause déterminée.

I. — Quant aux époux.

A. — Des empêchements de mariage.

B. — Des déchéances encourues par l'époux coupable.

C. — De la pension alimentaire conservée à l'époux innocent.

II. — Quant aux enfants.

§ 3°. — Des effets du divorce par consentement mutuel.

I. — Quant aux époux.

II. — Quant aux enfants.

SECTION 1^{re}. — Du divorce pour cause déterminée.

§ 1^{er}. — DES CAUSES ADMISES PAR LE CODE.

347. Les causes déterminées du divorce sont :

1° L'adultère.

2° Les excès, sévices ou injures graves.

3° Le refus par l'époux qui a obtenu la séparation de corps depuis au moins trois ans, de reprendre immédiatement la vie commune, sur la demande de l'autre époux ; sauf le cas où la séparation aurait été prononcée pour adultère de la femme.

Le Code admettait encore comme cause de divorce la condamnation de l'un des époux à une peine *infamante*. Cette cause de divorce a disparu du Code civil, par la suppression absolue que le Code pénal a faite des peines infamantes. P. 1880, II, 292.

I. — *De l'adultère.*

Art. 229 et 230.

348. Tout adultère de la femme, en quelque endroit qu'il ait été commis, et alors même qu'il ne s'agirait que d'un fait isolé, est pour le mari une cause de divorce.

349. Le simple adultère du mari n'est point une cause de divorce pour la femme ; il faut que le mari ait vécu en concubinage, dans la maison commune. Un fait isolé d'adultère commis dans la maison commune, ou bien des faits répétés d'adultère commis en dehors de la maison commune, ne sont pas de nature à rendre applicable la disposition de l'art. 230.

La maison commune, c'est la maison habitée par le mari, celle où il *demeure* sans qu'il y ait à examiner si la femme y habite effectivement avec lui ou si elle s'en est éloignée. La maison occupée par le mari est *de droit* la maison commune, car la femme est obligée d'y habiter et le mari est obligé de l'y recevoir. Art. 214. P. 1889, I, 320. Ainsi une maison de campagne où peut-être la femme n'a jamais habité, mais où elle a le droit d'être reçue, est réputée maison commune, au sens de notre art. 230. P. 1875, II, 337. B. J., 1890, p. 989.

Il n'y a pas à rechercher à quel titre la concubine est entrée dans la maison conjugale. Y fût-elle entrée comme domestique, gouvernante ou institutrice, choisie par la femme elle-même, le divorce serait possible.

L'adultère du mari qui n'a pas été commis avec les deux circonstances aggravantes déterminées ci-dessus, n'est point *comme tel* une cause de divorce pour la femme. Mais il est universellement reconnu que l'adultère du mari est une cause de divorce, lorsqu'il est entouré de circonstances de publicité ou autres qui sont de nature à le faire considérer *comme une injure grave* pour la femme. J. T. 1887, p. 1230.

II. — *Des excès, sévices ou injures graves.*

Art. 231.

350. Les excès et les sévices causent des blessures physiques, les injures causent des blessures morales.

Les excès sont des actes de violence qui portent atteinte à la sûreté de la personne. Les sévices désignent plutôt des actes de froide méchanceté, prenant le caractère d'une persécution.

Les injures résultent de paroles, d'écrits ou de faits qui constituent une insulte, un outrage ou une marque de mépris. Les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu quant à l'appréciation du point de savoir si les injures dont se plaint l'un des époux sont assez graves pour justifier sa demande en divorce. Ils doivent à cet égard prendre en considération l'âge, la position sociale et l'éducation des parties, les circonstances atténuantes ou aggravantes dans lesquelles les injures ont eu lieu, enfin s'il s'agit d'un fait accidentel ou de faits répétés. P. 1889, II, 325. J. T., 1891, p. 281.

351. Les faits antérieurs au mariage ne peuvent servir de base à une demande en divorce, ni à raison de leur nature propre, ni à raison de cette circonstance que le coupable les aurait dissimulés à son futur conjoint. Le silence gardé par le coupable ne saurait constituer la cause de divorce établie par l'art. 231, puisque cette disposition exige que l'injure ait été commise par un *époux* vis-à-vis de son conjoint.

Il ne faut pas confondre le cas où l'un des époux a dissimulé pendant les pourparlers du mariage une flétrissure qu'il avait encourue, avec le cas où l'un des époux outrage son conjoint après la célébration du mariage civil en refusant de se prêter à la formation d'un mariage religieux mixte. J. T. 1889, p. 977.

III. — *Du cas de l'art. 310.*

352. On a allégué à l'appui de cette disposition qui fait de la séparation de corps, un état essentiellement provisoire, qu'il n'est pas juste que l'époux qui a obtenu la séparation de corps puisse condamner son conjoint à un célibat perpétuel. Laurent a répondu avec raison que c'est sacrifier l'époux innocent à l'époux coupable. Il a ajouté que le législateur se

contredit lui-même en autorisant la séparation de corps par respect pour la liberté de conscience, et en remplaçant ensuite la séparation par le divorce au mépris de cette liberté. On lui a répliqué qu'il dépend de l'époux qui a obtenu la séparation d'éviter le divorce en consentant à rétablir la vie commune. Laurent a répondu encore qu'on ne peut placer l'époux innocent dans cette terrible alternative, ou de reprendre une vie commune rendue impossible par les désordres de son conjoint, ou de subir le divorce malgré le cri de sa conscience. En définitive, l'art. 310 est contraire à la liberté de conscience. Il est aussi contraire aux principes du droit, puisque l'époux coupable tire de son méfait une action contre son conjoint.

La disposition de l'art. 310 ne peut être invoquée par la femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère. Le législateur n'a pas voulu que cette femme puisse trouver dans le divorce le moyen de légitimer son libertinage. Mais ici encore on retrouve une inégalité choquante entre l'homme et la femme; l'adultère du mari n'est pas mis sur la même ligne que l'adultère de la femme.

353. Il importe d'observer que l'art. 310 n'est point rangé parmi les articles qui établissent les causes du divorce. Les auteurs du Code ont montré par la place particulière qu'ils lui ont assignée, que l'époux qui subit le divorce en vertu de cette disposition, ne doit pas subir en outre les déchéances et les condamnations qui atteignent l'époux coupable dans le divorce pour cause déterminée. P. 1865, I, 147; 1883, II, 262; 1888, II, 267; 1891, III, 71.

§ 2°. — DE L'ACTION EN DIVORCE.

354. Le droit de demander le divorce est exclusivement attaché à la personne des époux. Il ne peut donc pas être exercé de leur chef par leurs créanciers, ni après leur mort par leurs héritiers. Ce droit est essentiellement personnel, d'abord à raison de sa source, et surtout à raison de son objet.

Les héritiers de l'époux prédécédé ne sont pas même admis à *continuer* contre le conjoint survivant l'action en divorce introduite par leur auteur. C'est que l'action en divorce n'a plus aucun objet après la mort de l'un des époux. Elle ne tendait qu'à une seule chose, la dissolution du mariage. Le principe romain *omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*, ne saurait donc s'appliquer ici, comme il s'applique à l'action en nullité de mariage.

355. En principe, les faits d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures graves, allégués à l'appui d'une demande en divorce, peuvent être prouvés par tous moyens de droit, et spécialement par témoins et par simples présomptions humaines. Ce sont là des faits purement matériels; il ne peut donc être question de leur appliquer la prohibition de la preuve testimoniale et de la preuve par présomptions. P. 1888, III, 300.

Par exception, ils ne peuvent être prouvés par l'aveu du défendeur ni par le serment litis-décisoire. L'aveu et le serment ne sont jamais admis comme preuves dans les affaires où le seul consentement des parties ne peut suppléer la décision de la justice. Spécialement en notre la matière, le divorce ne peut dépendre de la collusion du mari et de la femme. Si les époux veulent divorcer de commun accord, il faut qu'ils remplissent les épreuves et qu'ils subissent les effets du divorce par consentement mutuel, tels qu'ils sont fixés par la loi. P. 1889, II, 408.

Toutefois l'aveu du défendeur n'est pas absolument sans valeur. Il peut être admis, non comme preuve complète, mais comme élément de preuve; le juge peut y avoir un certain égard. Cela résulte de l'art. 244 qui exige qu'il soit dressé procès-verbal des aveux du défendeur. A quoi bon conserver les traces d'un aveu que le juge ne pourrait aucunement prendre en considération?

356. Aucune loi n'empêche l'époux demandeur de prouver les faits qui servent de base à sa demande par la production de lettres missives, même confidentielles, émanées de

l'époux défendeur ou de son complice. Il y a cependant une certaine restriction à faire. Il faut que les lettres que l'époux demandeur veut produire en justice ne soient pas arrivées entre ses mains par des moyens *illicites*.

Le droit du mari, sous le rapport qui nous occupe, est beaucoup plus étendu que celui de la femme. L'autorité maritale lui donne le pouvoir de contrôler et d'intercepter la correspondance de sa femme. Il peut, dès lors, se procurer des preuves tirées de cette correspondance par des moyens qui seraient illicites, s'ils étaient employés par la femme vis-à-vis de lui. Liège, 1889, p. 27. D. 1891, I, 311.

§ 3°. — DES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES AUXQUELLES PEUT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE.

357. En principe, quel que soit son rôle dans l'instance en divorce, demandeur ou défendeur peu importe, le mari conserve la puissance maritale, l'exercice de la puissance paternelle et tous les droits qui lui ont été attribués par le contrat pécuniaire de mariage. C'est que le mariage subsiste toujours ; il n'y a pas de raison pour qu'il cesse *absolument* de produire ses effets légaux et conventionnels.

Mais l'état de guerre que la demande en divorce déclare entre les époux exige certaines mesures provisoires en faveur de la femme et des enfants, et certaines mesures conservatoires des intérêts pécuniaires de la femme. De là, les dispositions des art. 267 à 271.

I. — *Des mesures provisoires relatives à la femme.*

Art. 268 et 269.

A. — *De la résidence de la femme.*

358. La femme demanderesse ou défenderesse peut, avec l'autorisation du tribunal, quitter le domicile conjugal pendant l'instance en divorce ; la vie commune peut donc être interrompue. Mais la femme n'a pas le libre choix de sa

résidence; le tribunal lui indique la maison dans laquelle elle sera tenue de résider.

La femme a l'obligation de justifier de sa résidence dans la maison qui lui a été indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise par son mari. A défaut de cette justification, le mari peut lui refuser le paiement de la pension alimentaire, et lui opposer, si elle est demanderesse, une exception qui l'empêchera de poursuivre le procès aussi longtemps qu'elle enfreindra son obligation. Il est de jurisprudence que cette fin de non procéder n'est pas absolue; le tribunal a le pouvoir d'apprécier les motifs qui ont déterminé la femme à quitter sa demeure. P. 1887, II, 64.

359. D'après l'art. 268, c'est à la femme et non au mari à quitter le domicile conjugal pendant l'instance en divorce. Mais les circonstances, l'intérêt de la famille peuvent exiger que ce soit le mari qui quitte ce domicile. L'art. 268 n'empêche pas le tribunal d'ordonner cette mesure; le seul objet de cet article est d'exprimer la règle que la vie commune peut être interrompue pendant l'instance en divorce. Mais cette mesure ne peut être ordonnée que dans l'hypothèse où la jouissance de la maison conjugale appartient en propre à la femme et où le contrat pécuniaire de mariage lui réserve la libre administration de ses biens. En toute autre hypothèse, le tribunal ne saurait autoriser l'expulsion du mari, sans modifier arbitrairement les pouvoirs que ce dernier possède sur ses propres biens ou que le contrat de mariage lui attribue sur les biens de la communauté et sur ceux de sa femme. J. T. 1889, p. 1185. P. 1891, II, 180.

B. — *De la pension alimentaire due à la femme.*

360. La femme, demanderesse ou défenderesse, qui est autorisée à quitter le domicile conjugal a le droit de demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés de son mari, *s'il y a lieu* dit l'art. 268, c'est-à-dire si la femme est sans ressources suffisantes. La provision alimentaire doit comprendre l'allocation d'une somme destinée à subvenir

aux frais du procès; cette allocation est un des premiers besoins de la femme. P. 1889, III, 109.

L'art. 268 n'est qu'une application du principe de l'obligation alimentaire entre époux. Art. 212. Il ne faut donc pas en argumenter à *contrario* pour refuser au mari le droit de réclamer une pension alimentaire, lorsqu'il est dénué de ressources et que sa femme a de la fortune. P. 1891, II, 206.

II. — *Des mesures provisoires relatives aux enfants.*

Art. 267.

361. Le tribunal peut, sur la demande soit de la femme, soit du conseil de famille ⁽¹⁾, soit du procureur du roi, ordonner que les enfants ou quelques-uns d'entre eux seront confiés durant l'instance à la femme ou à une tierce personne. Le tribunal ne doit s'inspirer dans cette décision que du plus grand avantage des enfants. P. 1890, II, 5.

III. -- *Des mesures conservatoires des intérêts pécuniaires de la femme.*

Art. 270 et 271.

362. Il y a un danger manifeste à maintenir au mari, pendant l'instance en divorce, tous les pouvoirs que les art. 1421 et suiv. lui attribuent comme chef de la communauté.

Le ressentiment ou la cupidité peuvent le porter à des actes de dilapidation ou lui inspirer des pensées de fraude. De là les dispositions des art. 270 et 271.

L'art. 271 reconnaît à la femme le droit de demander la nullité des actes accomplis par le mari en fraude de ses droits. Cette disposition n'est qu'une application du principe de l'action Paulienne; elle doit être entendue dans le sens

(1) La *famille* dont parlent les art. 267 et 302, c'est le *conseil de famille* constitué selon les règles du titre de la tutelle. Dans le système du Code, la famille n'a pas d'autre représentant légal. P. 1888, II, 46.

de l'art. 1167⁽¹⁾. Ainsi d'une part, elle ne doit pas être limitée aux obligations contractées par le mari et aux aliénations d'immeubles communs, d'autre part elle n'est applicable que sous les conditions prescrites virtuellement par l'art. 1167.

L'art. 270 donne à la femme une garantie plus efficace relativement au mobilier de la communauté; il l'autorise à requérir l'apposition des scellés sur les effets communs. Le mari ne peut obtenir la levée de ces scellés qu'en faisant procéder contradictoirement avec la femme, à un inventaire qui constate la consistance et la valeur des effets communs d'une manière certaine.

Quels sont alors les pouvoirs du mari sur les choses inventoriées? Ne peut-il plus en disposer comme chef de la communauté?

D'après la plupart des auteurs, le mari n'est plus qu'un simple gardien judiciaire du mobilier de la communauté; à ce titre, il est tenu de le représenter en nature et, par suite, il n'a plus du tout le pouvoir d'en disposer. Cette interprétation est inexacte. L'art. 270 ne constitue pas vraiment le mari gardien judiciaire du mobilier inventorié, il lui impose seulement une obligation *alternative* de représenter le mobilier, *ou* de répondre de sa valeur comme gardien judiciaire, ce qui est tout différent. (L'expression *comme gardien judiciaire* signifiait que cette obligation alternative avait pour sanction la contrainte par corps, mais la contrainte par corps a été abolie par la loi du 27 juillet 1871.) L'art. 270 ne prive donc pas le mari du pouvoir d'aliéner les effets mobiliers de la communauté; la seule dérogation qu'il apporte aux principes des art. 1421 et 1422, c'est que le mari devient pleinement responsable de sa gestion. Lors de la liquidation et du partage de la communauté, après la prononciation du divorce, il sera tenu de représenter les meubles

(1) Il est de principe que la femme a l'action Paulienne contre les actes par lesquels le mari spolie la communauté pour frauder les droits que sa femme doit y exercer. D. 1837, II, 88.

inventoriés ou bien leur valeur telle qu'elle aura été fixée par la prise. Mais quant aux tiers acquéreurs, ils ne pourront être attaqués par la femme qu'au moyen de l'action Paulienne des art. 271 et 1167.

363. L'art. 270 a fait naître plusieurs difficultés. Il n'autorise qu'une seule mesure conservatoire des intérêts de la femme, l'apposition des scellés; et il ne l'autorise qu'au profit de la femme commune en biens, sur les seuls effets mobiliers de la communauté.

La femme commune peut-elle recourir à d'autres mesures conservatoires, pour sauvegarder son droit de propriété et ses reprises de toute nature sur les biens de la communauté? Peut-elle notamment pratiquer des saisies-arrêts sur les sommes dues par des tiers à la communauté? La femme commune ou non commune en biens a-t-elle le droit de faire apposer les scellés sur les biens qui lui appartiennent et dont le mari a la jouissance en vertu du contrat de mariage?

La jurisprudence tend à décider l'affirmative sur toutes ces questions. Elle admet une large application analogique de l'art. 270. P. 1890, II, 213; 1890, III, 243; 1891, I, 180. D. 1889, I, 444. Cette application doit être repoussée parce que l'art. 270 est une disposition exceptionnelle. Le principe est que l'instance en divorce ne suspend pas les droits que le mari tient de son contrat de mariage. Or, les diverses mesures conservatoires que la jurisprudence autorise en faveur de la femme portent toute une atteinte plus ou moins grave aux droits du mari.

Le seul procédé juridique qui permette à la femme de sauvegarder ses intérêts lorsqu'elle plaide en divorce contre un mari qui ne présente aucune garantie de fortune, c'est de greffer une demande en séparation de biens sur l'instance en divorce. Elle trouve alors une protection efficace dans la disposition de l'art. 869 c. pr. civ. et dans les règles de nos art. 1180 et 1445, al. 2.

§ 4°. — DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION
EN DIVORCE.

Art. 272 à 274.

364. L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux. Art. 272.

La réconciliation ne peut éteindre l'action que quant aux griefs qui étaient connus de l'époux offensé au moment où cette réconciliation s'est opérée. C'est que la réconciliation n'éteint l'action qu'à raison du pardon qu'elle implique de la part de l'époux offensé et que le pardon suppose la connaissance de la faute.

La loi ne prescrit aucune forme pour la manifestation du pardon; le pardon peut résulter soit d'une déclaration expresse émanée de l'époux offensé, soit de certains faits accomplis par lui, et dont il appartient souverainement aux tribunaux d'apprécier la portée. Le fait le plus significatif, c'est le rétablissement de la vie commune. P. 1872, I, 348; 1891, II, 80.

La réconciliation peut être prouvée par tous moyens de droit, même par témoins ou par présomptions. Arg. de l'art. 274.

Toute réconciliation est conditionnelle de sa nature. Dès que l'époux coupable retombe dans de nouvelles fautes, le pardon cesse et les anciens torts revivent. De là, la finale de l'art. 273. Cette disposition signifie que le divorce pourra être admis quand même les faits postérieurs à la réconciliation ne seraient pas eux-mêmes suffisamment graves pour le motiver, si ceux accomplis antérieurement présentent la gravité nécessaire. Autrement entendue, la finale de l'art. 273 ne concéderait qu'une faculté illusoire.

365. En matière de divorce, il arrive souvent que les faits qui servent de base à la demande sont constitutifs d'un véritable délit de droit pénal. Le défendeur ne saurait échapper à l'action en invoquant la prescription édictée par la loi de procédure pénale du 17 avril 1878. Cette prescription ne s'applique pas, en effet, à toutes les actions qui résultent du

délit, mais seulement à celles qui ont pour objet des dommages-intérêts. P. 1885, III, 340. J. T., 1889, p. 694.

366. La réciprocité des torts constitue-t-elle une fin de non-recevoir contre l'action en divorce ? La loi, après avoir énuméré les causes de divorce, n'ajoute nulle part que lorsque l'une ou l'autre de ces causes existe, les torts analogues de l'époux demandeur sont un obstacle à la recevabilité de son action. Donc cette action est néanmoins recevable. P. 1889, II, 180.

La réciprocité des torts fait que chacun des époux a une cause de divorce contre l'autre. Le défendeur peut répondre à la demande en divorce dirigée contre lui par une demande de même nature contre son conjoint. Et il a grand intérêt à agir de la sorte, à raison des effets légaux du divorce. Le tribunal alors pourra admettre le divorce *contre les deux époux à la fois* et de cette façon chacun d'eux supportera également les déchéances prononcées par la loi contre l'époux coupable.

Le principe que la réciprocité des torts ne constitue pas une fin de non-recevoir contre l'action en divorce, ne fait pas obstacle à ce que les tribunaux prennent en considération cette réciprocité de torts pour apprécier le plus ou moins de gravité des injures sur lesquelles le demandeur fonde son action aux termes de l'art. 231. Ce système des circonstances atténuantes ne peut être admis que lorsque la demande en divorce est fondée sur des *injures*, car ce n'est qu'à l'égard de cette cause que la loi accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. L'adultère du mari n'excuse jamais l'adultère de la femme, comme les torts de la femme, alors même que celle-ci aurait été aussi adultère, n'excusent jamais l'adultère du mari. P. 1881, II, 219.

§ 5^e. — DE LA PRONONCIATION DU DIVORCE.

Art. 264 à 266.

367. La dissolution du mariage par le divorce exige toujours l'intervention de l'officier de l'état civil. La justice ne

prononce pas elle-même le divorce; elle autorise seulement le demandeur à en requérir la prononciation par l'officier de l'état civil. Art. 258 et 264.

Le divorce ne peut être prononcé qu'en vertu d'une sentence judiciaire devenue *irrévocable*. Art. 264 et 265. P. 1889, III, 70.

L'officier qui doit être requis de prononcer le divorce est celui du domicile du mari au moment de l'admission du divorce. P. 1889, III, 79.

Le divorce ne peut être prononcé qu'en *présence* de l'époux demandeur et qu'après que l'époux défendeur a été dûment appelé devant l'officier de l'état civil, par exploit d'huissier. Art. 264.

L'officier chargé de prononcer le divorce déclare au nom de la loi que le mariage est dissous, et il dresse acte de la comparution du demandeur et du prononcé de la dissolution, dans la forme prescrite pour les actes de l'état civil.

368. De droit commun, le plaideur qui a obtenu gain de cause est maître de retarder l'exécution du jugement, comme bon lui semble. Il n'en est pas ainsi en matière de divorce. L'époux en faveur duquel le divorce a été admis doit se présenter endéans les deux mois devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce, l'autre partie dûment appelée. Art. 264. Ces deux mois courent à partir du jour où la sentence judiciaire est devenue irrévocable. Art. 265.

La loi n'exige pas que le divorce soit prononcé dans le délai de deux mois; il suffit que le demandeur fasse dans ce délai tout ce qui dépend de lui pour le faire prononcer. B. J. 1888, p. 110.

Ce délai est un délai fatal. Le demandeur qui le laisse expirer sans avoir fait les diligences nécessaires est déchu du bénéfice du jugement qui a admis le divorce et son inaction est considérée comme un pardon tacite. Art. 266.

369. Aucun texte du Code ne prescrit la publicité du divorce. La législation civile présente à cet égard un défaut d'harmonie évident; les art. 872 et 880 c. pr. civ. ordonnent la publicité des séparations de corps et des séparations de

biens, tandis qu'aucune publicité n'est prescrite en matière de divorce.

Cette lacune a été comblée, en ce qui concerne les commerçants, par l'art. 15 de la loi du 15 décembre 1872.

SECTION 2^e. — Du divorce par consentement mutuel.

370. Dans la pensée des auteurs du Code, le divorce par consentement mutuel n'est qu'une forme particulière du divorce pour cause déterminée. Il n'est introduit que pour donner aux époux entre lesquels il existe une cause déterminée de divorce, le moyen de dissoudre leur mariage sans scandale et sans déshonneur pour leurs familles. Art. 233.

Cette présomption absolue de l'existence d'une cause déterminée de divorce est fondée sur le consentement mutuel et persévérant des époux. Toutes les précautions sont prises pour qu'on ne puisse détourner le divorce par consentement mutuel de sa destination véritable; procédure longue et compliquée, épreuves multiples, sacrifices pécuniaires imposés au profit des enfants, empêchement provisoire à nouveau mariage, etc. La longue expérience qui a été faite de ce mode de divorce n'a révélé aucun inconvénient dont il aurait été la source.

§ 1^{er}. — DES CONDITIONS DU DIVORCE.

Art. 275 à 280.

I. — *De l'âge des époux.*

371. Il faut que le mari soit âgé de plus de vingt-cinq ans, la femme de plus de vingt-et-un ans et de moins de quarante-cinq. Art. 276 et 277.

II. — *De la durée du mariage.*

372. Il faut que le mariage ait duré plus de deux ans et moins de vingt. Art. 276 et 277.

III. — *Du consentement des ascendants.*

373. Il faut que les époux soient autorisés par leurs pères et mères, ou, à leur défaut, par les aïeuls et aïeules. Art. 278.

Il n'y a aucune analogie entre les règles du Code sur le consentement des ascendants au mariage et les règles de notre article sur leur consentement au divorce; elles sont dominées par des principes différents; la loi favorise le mariage, elle n'admet le divorce que comme une triste nécessité.

En cas de dissentiment entre le père et la mère, la volonté du père ne prévaut point.

En cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, la volonté de l'aïeul ne prévaut point; s'il y a dissentiment entre les aïeuls et aïeules des deux lignes, il ne suffit pas du consentement des ascendants d'une seule ligne. Il y a cependant ici une raison de douter : l'art. 278 semble renvoyer à toutes les règles prescrites par l'art. 150 au titre du mariage. La vérité est que cette finale de l'art. 278, *suivant les règles prescrites par l'art. 150*, ne se réfère qu'à celles des règles de l'art. 150 qui déterminent l'ordre dans lequel les ascendants sont appelés à donner leur consentement au mariage; son seul but est d'exprimer que si le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent. Arg. des art. 283, 3°, et 285.

Le consentement des pères et mères ou autres ascendants doit être donné par acte authentique. Art. 283, 3°, et 285.

Les pères et mères, aïeuls et aïeules sont présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès. Art. 283, 3°.

IV. — *De l'inventaire et de l'estimation des biens des époux.*

374. Il faut que les époux fassent préalablement à la procédure inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles. Art. 279. Cette disposition a pour but

d'assurer l'exécution fidèle de l'art. 305 qui attribue aux enfants nés du mariage la propriété de la moitié des biens de chacun des époux.

V. — *Des arrangements prescrits par les art. 279 et 280.*

375. Il faut également que les époux dressent un acte d'arrangement sur les quatre points suivants :

1° La liquidation des droits respectifs résultant de leur contrat de mariage. L'article 279 leur accorde la faculté de transiger sur tous leurs droits respectifs sans distinction, donc même sur les avantages qu'ils s'étaient accordés par contrat de mariage pour le cas de survie.

2° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps de la procédure, soit après le divorce prononcé.

3° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant la durée de la procédure.

4° Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

Toutes ces mesures doivent être prises par le libre accord des époux; sinon le divorce est impossible. Le Code exige qu'elles soient constatées par écrit. Mais il ne prescrit pas que les actes soient dressés dans la forme authentique; leur conservation et leur immutabilité sont suffisamment assurées par le dépôt que les époux doivent en faire entre les mains des notaires dont il s'agit aux art. 281 à 285.

§ 2°. — DE LA PRONONCIATION DU DIVORCE.

Art. 294.

376. Le tribunal n'est pas appelé à prononcer le divorce. Sa seule mission est de vérifier si les conditions prescrites et toutes les formalités de procédure ont été régulièrement remplies. Dans ce cas, il *doit* admettre le divorce et renvoyer les parties devant l'officier de l'état civil. Art. 290.

L'art. 294 veut que dans les vingt jours du jugement ou de l'arrêt qui admet le divorce, les époux se présentent *ensemble et en personne* devant l'officier de l'état civil pour le faire *prononcer*. Ce délai passé, le jugement doit être considéré comme non avenu. Jusqu'au dernier moment, il faut que les époux montrent qu'ils persistent dans leur volonté mutuelle de divorcer.

La prononciation du divorce s'opère comme il a été dit plus haut.

377. Si l'un des époux est commerçant, le divorce doit être rendu public. Art. 15 de la loi du 15 décembre 1872.

SECTION 3^e. — De la nullité du divorce.

378. Toutes les irrégularités qui peuvent avoir été commises dans la *procédure* si compliquée du divorce sont couvertes dès que le jugement ou l'arrêt d'admission est passé en force de chose jugée. *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements.*

Mais quid des irrégularités qui sont commises dans la prononciation du divorce ? Quelles sont les formalités substantielles dont l'inobservation entraîne la nullité du divorce ?

On comprend l'importance de la question : si le divorce est annulé, le mariage sera censé n'avoir pas cessé d'exister !

On décide avec raison en vertu des art. 266 et 294 que le divorce est nul :

1^o S'il a été prononcé sans un jugement qui l'autorise.

2^o S'il a été prononcé en dehors des délais fixés par la loi.

3^o S'il n'a pas été prononcé en présence du demandeur, la défendeur dûment appelé, s'il s'agit d'un divorce pour cause déterminée, et en présence des deux parties, dans le cas d'un divorce par consentement mutuel.

SECTION 4^e. — Des effets du divorce.

§ 1^{er}. — DES EFFETS DE TOUT DIVORCE.

379. Les effets du divorce ont un point de départ unique et bien déterminé : la prononciation du divorce par l'officier

de l'état civil. Ils ne rétroagissent point, pas même au jour du jugement d'admission.

Les effets que le mariage a produits dans le passé sont maintenus; et si ces effets sont de nature à se perpétuer malgré la dissolution du mariage, ils subsisteront après la prononciation du divorce. Ainsi les enfants issus du mariage conserveront la qualité d'enfants légitimes, et les droits que cette qualité leur confère en vertu de la loi ou des conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais ces droits ne s'ouvriront que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'ils n'y avait pas eu de divorce. Art. 304 et 305 in fine.

380. Le divorce dissout le mariage. Art. 227. Les divorcés perdent le titre d'époux; ils n'ont plus aucun des droits ni des devoirs attachés à ce titre. Art. 767. La femme cesse d'être soumise à la puissance maritale et d'être frappée de l'incapacité qui en est la conséquence. Chacun des divorcés reprend l'usage exclusif de son nom; l'homme ne peut plus joindre à son nom celui de la femme, et réciproquement. B. J. 1887, p. 1512.

Chacun des divorcés recouvre sa liberté; ils sont libres l'un et l'autre de contracter de nouveaux mariages. A ce principe il y a une exception regrettable: les époux divorcés ne peuvent plus jamais se réunir. Art. 295.

§ 2°. -- DES EFFETS DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

I. — *Quant aux époux.*

Art. 296 à 301.

A. — *Des empêchements de mariage.*

381. La femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après la prononciation du divorce. Art. 296.

Dans le cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se remarier avec son complice. Art. 298. P. 1882, II, 103; 1888, II, 386.

B. — *Des déchéances encourues par l'époux coupable.*

382. L'époux contre lequel le divorce est prononcé perd l'usufruit légal sur les biens des enfants. Art. 386.

L'époux contre lequel le divorce est *prononcé* (et non pas *admis* comme dit l'art. 299, car le divorce n'existe que lorsqu'il est prononcé par l'officier de l'état civil), perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit par leur contrat de mariage, soit depuis la célébration de leur mariage.

Les avantages dont il s'agit à l'art. 299 doivent s'entendre de toutes les libéralités indistinctement, c'est-à-dire des donations testamentaires aussi bien que des donations entre vifs, mais uniquement des libéralités proprement dites. Ils ne s'entendent pas en outre des profits ou bénéfices résultant directement ou indirectement du régime de communauté établi par le contrat de mariage. C'est qu'en principe les stipulations des divers régimes de communauté sont réputées faites à titre onéreux, comme entre associés. Art. 1496, 1525 et 1527. Il n'a été fait exception à cette règle que pour la clause de préciput. Art. 1518. P. 1875, I, 7.

Les libéralités faites par contrat de mariage sont irrévocables de leur nature. Il était donc absolument nécessaire que la loi intervînt pour en prononcer la révocation en cas de divorce. Au contraire, les libéralités faites pendant le mariage sont essentiellement révocables. Art. 895 et 1096. Pourquoi donc la loi en a-t-elle prononcé elle-même la révocation ? C'est qu'elle a voulu que l'époux coupable soit toujours frappé; et pour qu'il le soit sûrement, elle a agi d'office, au lieu de s'en remettre à l'époux offensé.

Aucun texte ne dispose que l'époux coupable perd les avantages qui lui ont été faits par les parents de son conjoint. P. 1887, II, 10.

383. La déchéance établie par l'art. 299 n'est pas autre chose qu'une révocation pour cause d'ingratitude; mais elle s'opère de plein droit, contrairement aux règles ordinaires des art. 956 et 1046. Elle a la même origine et la même nature que

la révocation dont il s'agit dans ces articles, seulement cette dernière est *judiciaire* tandis que la nôtre est *légale*. Elle est encourue *ipso jure* par le seul fait de la prononciation du divorce. Une fois le divorce prononcé, l'époux donateur ne pourrait relever son ancien conjoint de la peine prononcée contre lui, qu'en faisant à son profit une nouvelle donation entre vifs ou un nouveau testament.

Du principe que la déchéance prononcée par l'art. 299 n'est en définitive qu'une révocation pour cause d'ingratitude, il suit qu'elle ne produit ses effets que pour l'avenir, c'est-à-dire qu'elle ne préjudicie pas aux droits réels que l'époux coupable peut avoir consentis au profit de tiers acquéreurs, avant la prononciation du divorce. Art. 958, al. 1^{er}. Les tiers ont pu traiter en toute sécurité avec lui, car il était propriétaire, sans condition résolutoire aucune, des biens lui donnés en contrat de mariage. Mais si la révocation ne rétroagit pas contre les tiers acquéreurs de bonne foi, l'époux coupable, lui, est obligé de restituer à son conjoint la valeur des objets aliénés, par application de la règle de l'art. 958, al. 2.

384. L'époux qui a obtenu le divorce conserve tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, même quand il s'agit de donations réciproques, bien que la réciprocité n'ait pas lieu. Art. 300.

Il faut bien préciser la portée de l'art. 300. Ce texte statue uniquement que l'époux innocent garde tous les avantages à lui faits par son conjoint ; il se borne à les lui maintenir tels qu'ils lui avaient été faits, sans en modifier les caractères ou les modalités. Sa disposition ne va pas au delà ; elle ne transforme pas en libéralités pures et simples et irrévocables, les avantages qui étaient subordonnés à une condition de survie ou qui se trouvaient révocables *ad nutum*. Arg. des art. 1452 et 1518.

C. — De la pension alimentaire conservée à l'époux innocent.

385. Si l'époux qui a obtenu le divorce, n'a pas de revenus suffisants pour assurer sa subsistance, il a le droit de réclamer

une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux. P. 1877, II, 279.

Il ne s'agit pas à l'art. 301 d'une *indemnité* proprement dite, mais bien d'une *pension alimentaire*. La loi la qualifie comme telle, elle en subordonne la débitio à la condition que l'époux soit dans le besoin et elle dispose que la pension cesse d'être exigible lorsqu'elle n'est plus nécessaire. Il suit de là que, sauf dérogation, ce sont les principes généraux de l'obligation alimentaire qui sont applicables dans l'espèce. La pension doit être établie d'après la fortune de celui qui la doit et d'après les besoins de celui à qui elle est due; elle doit être réduite ou augmentée selon les changements survenus à cette fortune ou à ces besoins. Les seules dérogations aux principes généraux sont que l'obligation alimentaire n'est plus réciproque et que la pension annuelle ne peut excéder le tiers des revenus du débiteur. P. 1886, III, 281.

II. — Quant aux enfants.

Art. 302 et 303.

386. En principe, les enfants sont confiés à l'époux innocent. Par exception, le tribunal peut, sur la demande du conseil de famille ou du procureur du roi, et en ne s'inspirant que du plus grand avantage des enfants, ordonner que tous ou quelques-uns d'entre eux soient confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. Ce n'est que sur la demande de la famille ou du procureur du roi que le tribunal *peut* décider que les enfants ne seront pas confiés à l'époux innocent. Il ne peut statuer d'office; il ne peut être saisi par l'époux coupable. P. 1891, II, 51.

Les décisions du tribunal en cette matière ont un caractère essentiellement provisoire. Le tribunal peut toujours, à la demande du conseil de famille ou du ministère public, revenir sur les mesures qu'il a prescrites, les modifier ou en ordonner de nouvelles. C'est l'intérêt des enfants qui est toujours le régulateur suprême. P. 1891, II, 173.

387. Aux termes de l'art. 303, quelle que soit la personne

à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de *surveiller* l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et ils sont tenus d'y contribuer en proportion de leurs facultés. Ce droit de surveillance réservé à l'époux coupable implique nécessairement le droit de visiter les enfants. Mais le tribunal a le pouvoir de régler les visites comme il l'entend, dans l'intérêt des enfants, en vertu de l'art. 302. J. T. 1890, p. 598. P. 1891, II, 143.

La sanction de ce droit de surveillance consiste naturellement dans le recours au tribunal, pour obtenir la répression des abus qui seraient commis par la personne chargée de l'entretien et de l'éducation des enfants.

388. La personne à laquelle les enfants sont confiés en vertu de l'art. 302 préside à leur entretien et *dirige* leur éducation. La signification du terme *confié* de l'art. 302 est ainsi fixée par la disposition de l'art. 303 qui ne laisse aux père et mère que le droit de *surveiller* l'entretien et l'éducation des enfants. C'est à la personne en question à décider du lieu de la résidence des enfants ; c'est à elle qu'ils doivent obéir.

Mais quelle sera la sanction du devoir d'obéissance des enfants ? Qui exercera le droit de correction et les autres attributs de la puissance paternelle, après la prononciation du divorce des père et mère ? Le Code présente ici une lacune regrettable. A part les art. 302, 303 et 386, il ne contient aucune règle *spéciale* sur l'exercice de la puissance paternelle après le divorce. Dans le silence de notre titre, il faut décider que le divorce n'apporte en principe aucun changement à la puissance paternelle ni à son exercice qui continue d'appartenir au père. On verra au titre de la puissance paternelle que les mots *durant le mariage* des art. 373 et 389 signifient dans la pensée de la loi *durant la vie des père et mère*. La preuve en est dans l'art. 384 : " Le père, *durant le mariage*, et après la dissolution du mariage, le *survivant* des père et mère.... „ P. 1887, III, 104.

§ 3^e. — DES EFFETS DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

I. — *Quant aux époux.*

Art. 297 et 305.

A. — *Des empêchements de mariage.*

389. Aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce.

B. — *De la dévolution de la moitié des biens de chacun des époux au profit des enfants.*

390. La propriété de la moitié des biens meubles et immeubles de chacun des époux est acquise de plein droit aux enfants nés de leur mariage, et cela à dater du jour du premier acte de la procédure du divorce. Les père et mère conservent néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état.

Les termes clairs et précis de l'art. 305 créent en faveur des enfants un véritable droit de propriété sur les biens de leurs parents, et non un simple droit de créance. Les tiers auxquels les époux divorcés vendraient leurs biens seraient donc exposés au danger d'éviction. P. 1888, III, 189.

II. — *Quant aux enfants.*

391. Les époux ont dû convenir à l'avance de celui à qui les enfants seront confiés. Art. 280. Cette expression *seront confiés* est la même que celle qui est employée aux art. 302 et 303, dans le cas de divorce pour cause déterminée. Il faut donc appliquer ici tout ce qui a été dit précédemment sous les art. 302 et 303.

392. Indépendamment de la dévolution de biens qui s'opère à leur profit en vertu de l'art. 305, *in initio*, les enfants conservent tous leurs droits éventuels à la succession de

leurs parents, sans distinction entre ceux qui leur sont accordés par la loi et ceux qui leur ont été attribués par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. Art. 305, in fine.

CHAPITRE 2^e. — DE LA SÉPARATION DE CORPS.

393. Le Code est très incomplet dans ses dispositions relatives à la séparation de corps. Comment résoudre les nombreuses difficultés qu'il a laissées sans solution? On dit souvent que la séparation de corps est le divorce des catholiques. Cela est vrai en ce sens que le Code l'a admise par respect pour la religion catholique qui repousse le divorce. Mais cela est-il également vrai en ce sens qu'on puisse appliquer à la séparation de corps toutes les dispositions légales sur le divorce?

Dans une bonne législation, le divorce et la séparation de corps seraient des institutions parallèles, créées pour deux catégories de personnes différentes, fondées sur les mêmes causes, et soumises aux mêmes règles sauf à celles qui sont incompatibles avec la persistance du lien conjugal. On sait qu'il n'en est pas ainsi dans le système du Code. La séparation de corps n'est qu'un état essentiellement provisoire. Art. 310.

Ce n'est pas à dire qu'il soit absolument interdit de faire des emprunts aux règles du divorce pour compléter la législation insuffisante qui régit la séparation de corps. La place même de la séparation de corps dans le titre du divorce indique bien que le législateur a entendu admettre une *certaine application analogique*. Nous suivrons ici toutes les règles du divorce dont l'application à la séparation de corps n'est pas en opposition, soit avec la nature provisoire de la séparation de corps qui ne dissout pas le mariage, soit avec une disposition expresse ou implicite de notre matière, soit enfin avec ce principe fondamental du droit que l'on ne peut étendre des déchéances légales d'un cas à un autre.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des causes admises par le Code.

SECTION 2^e. — Des mesures provisoires et conservatoires auxquelles peut donner lieu la demande en séparation de corps.

SECTION 3^e. — Des fins de non-recevoir contre l'action en séparation de corps.

SECTION 4^e. — De la prononciation de la séparation de corps.

SECTION 5^e. — Des effets de la séparation de corps.

§ 1^{er}. — Quant aux époux.

§ 2^e. — Quant aux enfants.

SECTION 6^e. — De la cessation de la séparation de corps.

SECTION 1^{re}. — Des causes admises par le Code.

Art. 306 et 307.

394. Les seules causes de séparation de corps sont les causes déterminées de divorce. Art. 306.

De ce que les effets de la séparation de corps sont moins importants que ceux du divorce, on ne peut conclure que les fautes qui servent de base à la demande ne doivent pas présenter absolument les mêmes caractères.

395. La séparation de corps ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Art. 307.

Cette différence entre la séparation de corps et le divorce tient à l'origine même de la séparation de corps. La séparation a été établie par l'Eglise catholique, qui ne l'admet que pour causes déterminées. Le juge ne peut donc jamais prononcer une séparation de corps en se fondant sur le consentement mutuel exprimé par les époux. Deux époux peuvent sans doute vivre séparés si telle est leur volonté commune, mais cette séparation amiable n'entraîne aucune conséquence légale; elle est juridiquement inexistante. Art. 6 et 307 cbn.

396. Il faut appliquer à l'action en séparation de corps tout ce qui a été dit de l'action en divorce.

SECTION 2^e. — Des mesures provisoires et conservatoires auxquelles peut donner lieu la demande en séparation de corps.

397. Les mesures provisoires relatives à la femme sont réglées par l'art. 878 c. pr. civ. D'après ce texte, c'est le président du tribunal qui autorise la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties conviennent ou qu'il indique d'office; il ordonne que les effets à l'usage journalier de la femme lui soient remis. A la différence de l'art. 269 de notre Code, ce texte n'impose pas à la femme l'obligation de justifier de sa résidence dans la maison qui lui a été indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise par son mari; il ne sanctionne pas non plus l'obligation de résidence imposée à la femme par la fin de non-procéder établie par l'art. 269. B. J. 1889, p. 774.

Tout ce qui a été dit de la provision alimentaire en matière de divorce doit s'appliquer ici, car il ne s'agit dans ce cas que de suivre des principes généraux.

398. La loi est muette en ce qui concerne les mesures provisoires relatives aux enfants et les mesures conservatoires des intérêts pécuniaires de la femme. Peut-on étendre à la séparation de corps les dispositions des art. 267 et 270 du divorce ?

La raison de décider a été exposée ci-dessus n° 393. Laurent combat cette solution, mais cet auteur est quelquefois conduit par l'abus de la logique à une interprétation *mécanique* des lois. Sans doute les principes sont la base de notre science, et l'on ne saurait trop y insister, mais il faut se garder de les manier comme des formules algébriques. P. 1891, II, 180.

SECTION 3^e. — Des fins de non-recevoir contre l'action en séparation de corps.

399. Les fins de non-recevoir établies en matière de divorce doivent évidemment être admises en matière de séparation de corps.

SECTION 4^e. — De la prononciation de la séparation de corps.

400. C'est le tribunal lui-même qui prononce la séparation de corps. Il n'y avait aucune raison de faire intervenir ici l'officier de l'état civil, puisque le mariage subsiste.

A la différence du divorce, la séparation de corps doit être rendue publique dans les formes tracées par l'art. 880 c. pr. civ.

SECTION 5^e. — Des effets de la séparation de corps.

401. La séparation de corps ne dissout pas le mariage. Ses deux principaux effets sont de dispenser les époux de cohabitation, comme son nom même l'indique, et d'emporter toujours séparation de biens entre eux. Art. 311.

Les effets de la séparation de corps ne remontent pas au jour où la demande en séparation a été intentée. Il est, en effet, de principe que les jugements *constitutifs* (par opposition aux jugements *déclaratifs*) ne rétroagissent point.

§ 1^{er}. — DES EFFETS DE LA SÉPARATION QUANT AUX ÉPOUX.

402. Du principe que le divorce ne dissout pas le mariage, il suit :

1^o Que les époux se doivent encore mutuellement fidélité. Art. 212. La présomption de paternité établie par l'art. 312 conserve même toute sa force. Toutefois en ce qui concerne le mari, le devoir de fidélité est désormais dépourvu de toute sanction, puisque le mari n'est punissable qu'autant qu'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale.

2^o Que les époux se doivent encore des secours. Art. 212. Si l'un d'eux, fût-ce même celui contre lequel la séparation a été prononcée, n'a pas de revenus suffisants, il a le droit d'exiger de son conjoint une *pension* alimentaire. L'art. 301 est inapplicable en matière de séparation de corps. P. 1886, II, 317.

3^o Que la femme reste frappée de l'incapacité établie par

les art. 215 et 217. Toutefois, elle redevient capable des actes d'administration de ses biens. Art. 311.

403. Du principe que la séparation de corps fait cesser le devoir de cohabitation, il suit:

1° Que l'obligation alimentaire s'exécute toujours en argent.

2° Que les époux ne se doivent plus assistance.

3° Que la femme peut se choisir un domicile distinct de celui du mari.

404. La séparation de corps produisant cet effet que les époux vivent chacun de son côté, il est juste que chacun ait l'administration et la jouissance de ses biens. Cet état de chose constitue ce que le Code appelle la séparation des biens. Art. 311.

L'art. 311 dit que la séparation de corps entraîne *toujours* séparation de biens, pour marquer que quel que soit le régime matrimonial des époux, ils sont séparés de biens dès qu'ils sont séparés de corps.

On appelle séparation de biens *accessoire*, celle qui est la conséquence légale de la séparation de corps, par opposition à la séparation de biens *principale* dont il est question aux art. 1443, 1531, 1563. L'une et l'autre produisent les mêmes effets, à cette différence près toutefois, que les effets de la séparation de biens accessoire ne se produisent que du jour du jugement de séparation de corps, tandis que ceux de la séparation de biens principale remontent au jour de la demande judiciaire. Art. 1445, al. 2.

405. L'époux coupable perd son droit au préciput de communauté stipulé dans le contrat de mariage. Arg. de l'art. 1518. C'est là une sorte de réparation civile qu'il lui est imposée pour avoir amené par son fait la dissolution anticipée de la communauté et avoir ainsi privé son conjoint des avantages que celui-ci aurait pu trouver dans la continuation de la communauté jusqu'à la dissolution du mariage.

La séparation de corps n'entraîne-t-elle pas contre l'époux coupable d'autres déchéances pécuniaires ?

Il est certain que cet époux n'est pas privé du droit d'usufruit légal sur les biens de ses enfants et qu'il ne perd pas le droit de successibilité vis-à-vis de son conjoint. Arg. des art. 386 et 767. On a déjà dit aussi qu'il ne perd pas son droit aux aliments. Mais que décider quant aux libéralités qui ont été faites à l'époux coupable par son conjoint soit dans le contrat de mariage, soit depuis la célébration du mariage ? La déchéance prononcée par l'art. 299 est-elle applicable à la séparation de corps ?

La négative est certaine. Les dispositions légales qui prononcent des déchéances sont toujours et absolument de droit étroit. — Il importe peu que le divorce et la séparation de corps résultent des mêmes faits ; il existe entre eux la différence la plus profonde : le divorce opère la dissolution du mariage tandis que la séparation de corps le laisse subsister et ne crée qu'un état purement provisoire. — Quant à la déchéance qui résulte de l'art. 1518, elle n'est point du tout fondée sur l'ingratitude de l'époux condamné ; on ne peut donc en tirer un argument *a fortiori*.¹ P. 1862, II, 115. A la différence de la jurisprudence belge, la jurisprudence française applique l'art. 299 à la séparation de corps ; elle attache indistinctement à la séparation toutes les conséquences du divorce qui ne blessent pas le principe de l'indissolubilité du mariage. C'est là refaire la loi au lieu de l'interpréter.

§ 2°. — DES EFFETS DE LA SÉPARATION QUANT AUX ENFANTS.

406. Il est de jurisprudence en Belgique aussi bien qu'en France qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions des art. 302 et 303 à la séparation de corps. P. 1874, II, 129 ; 1886, II, 371.

SECTION 6°. — De la cessation de la séparation de corps.

407. La séparation de corps cesse par le divorce ou par le rétablissement de la vie commune entre les époux. Le

simple fait du rétablissement de la vie commune suffit; il n'est besoin pour les époux de remplir aucune formalité. Dans le cas de rétablissement de la vie commune, les effets que la séparation de corps avait produits cessent pour l'avenir. Toutefois, la séparation de biens qui a été la conséquence de la séparation de corps persiste malgré la réconciliation des époux. S'ils veulent la faire cesser, il faut qu'ils remplissent les formalités prescrites par l'art. 1451 du titre du contrat de mariage.

TITRE VII^e.

De la paternité et de la filiation (1)

408. La filiation est *légitime* ou *illégitime* suivant que les personnes au commerce desquelles l'enfant doit le jour étaient ou non mariées l'une avec l'autre lors de sa conception. Toutefois l'enfant conçu hors mariage est aussi réputé légitime, lorsqu'il naît après la célébration du mariage de ses parents.

Tout enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari, dit expressément l'art. 312, al. 1^{er}. Tout enfant conçu avant le mariage mais né depuis le mariage, a pour père le mari, décide virtuellement l'art. 314. Le mari ne peut renverser la présomption légale de sa paternité que par une action judiciaire en désaveu.

La légitimité de l'enfant conçu pendant le mariage, alors même que sa naissance est postérieure à la dissolution de l'union conjugale, est une légitimité parfaite. Cet enfant est légitime dès le moment de sa conception, car il est le fruit du mariage. La légitimité de l'enfant né pendant le mariage, mais conçu auparavant, est une légitimité imparfaite, établie

(1) VAN BERCHEM. *Rapport à la commission de revision du Code civil*. J. T. 1888 p. 609 et suiv.

par une pure concession de la loi. Cet enfant serait illégitime si l'on se reportait à l'époque de sa conception.

409. Les enfants illégitimes ou naturels (*sensu lato*) se divisent en deux classes. Dans l'une se trouvent les enfants naturels (*sensu stricto*), c'est-à-dire ceux qui sont issus du commerce de deux personnes non mariées, mais à l'union desquelles ne se serait opposé au moment où ces enfants ont été conçus, aucun empêchement résultant soit de l'existence d'un premier mariage, soit de la parenté ou de l'alliance. Dans l'autre classe se placent les enfants incestueux ou adultérins, c'est-à-dire ceux qui sont issus du commerce de deux personnes qui, à l'époque où ces enfants ont été conçus, n'auraient pas pu se marier l'une avec l'autre, à raison de l'un des empêchements qui viennent d'être indiqués.

L'expression enfants naturels est quelquefois prise par le Code *sensu lato* pour désigner tous les enfants illégitimes, y compris les enfants incestueux et adultérins. Le plus souvent elle est employée *sensu stricto* pour désigner les enfants naturels simples à l'exclusion des enfants incestueux ou adultérins.

Les enfants naturels simples peuvent être *légitimés* par le mariage subséquent de leurs parents ; par suite de leur légitimation, ils sont assimilés à des enfants légitimes qui seraient nés de ce mariage.

410. Le titre VII du Code s'occupe des conditions et des modes de preuve de la filiation légitime et de la filiation illégitime. Les deux premiers chapitres sont consacrés à la filiation légitime ; le premier règle tout ce qui concerne la paternité du mari ; le second fixe les modes de preuve de la filiation maternelle. Le troisième traite de la filiation illégitime et de la légitimation des enfants naturels simples.

Nous diviserons la matière en deux grands chapitres, l'un pour la filiation légitime, l'autre pour la filiation illégitime.

CHAPITRE I^{er}. — DE LA FILIATION LÉGITIME.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — De la paternité du mari.

§ 1^{er}. — Des présomptions légales établies par les art. 312 à 315.

I. — Des présomptions relatives au point de savoir si la conception a eu lieu pendant le mariage.

II. — De la présomption que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

III. — De la présomption que l'enfant conçu avant le mariage mais né depuis a pour père le mari.

§ 2^o. — Du désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage.

I. — Du désaveu pour cause d'impossibilité physique de cohabitation.

II. — Du désaveu pour cause d'impossibilité morale de cohabitation.

§ 3^o. — Du désaveu de l'enfant simplement né pendant le mariage.

§ 4^o. — De l'action en désaveu.

I. — A qui appartient cette action.

II. — Du délai pour l'exercer.

III. — De l'instance en désaveu.

IV. — Des effets de l'admission du désaveu.

§ 5^o. — De la condition de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage.

§ 6^o. — De quelques difficultés particulières.

SECTION 2^o. — Des preuves de la filiation légitime et des actions en réclamation ou en contestation d'état d'enfant légitime.

§ 1^{er}. — Des preuves de la filiation légitime.

I. — De la preuve par l'acte de naissance.

II. — De la preuve par la possession d'état.

III. — De la preuve par témoins.

IV. — De la preuve de la filiation dans les cas auxquels s'applique l'art. 46.

§ 2°. — Des actions en réclamation ou en contestation d'état d'enfant légitime.

I. — Du principe de l'art. 322.

II. — De l'action en réclamation d'état.

III. — De l'action en contestation d'état.

IV. — Des dispositions des art. 326 et 327.

SECTION 1^{re}. — De la paternité du mari.

§ 1^{er}. — DES PRÉSUMPTIONS LÉGALES ÉTABLIES PAR LES ART. 312 à 315.

I. — *Des présomptions relatives au point de savoir si la conception a eu lieu pendant le mariage.*

411. Comment savoir si un enfant a été conçu avant, pendant ou après le mariage de sa mère ?

Rien ne serait plus facile si la nature avait assigné à la gestation une durée toujours uniforme; la date de la naissance servirait parfaitement à déterminer le moment précis de la conception. Mais la physiologie affirme que la gestation n'a pas une durée fixe et invariable: tantôt elle ne dure qu'un peu plus de six mois, tantôt elle se prolonge pendant près de dix mois; l'époque de la naissance permet seulement de déterminer un certain espace de temps pendant lequel la conception a dû s'opérer.

Le Code a élargi les données fournies par la physiologie, il a fixé à 300 jours la durée maxima de la gestation et à 180 jours sa durée minima; ce qui correspond exactement à dix et à six mois du calendrier républicain qui était alors en vigueur. La conception de l'enfant ne peut pas être antérieure à la limite assignée à la gestation la plus longue, ni postérieure à celle assignée à la gestation la plus courte; elle se place nécessairement dans l'intervalle qui les sépare.

Toutes les fois que s'élève la question de savoir si l'enfant a été conçu avant, pendant ou après le mariage, il faut donc remonter dans le passé à partir de l'accouchement et compter

300 jours, puis redescendre jusqu'à 180 jours avant la naissance. C'est cet intervalle de temps qui s'écoule entre le 300^e et le 180^e jour avant la naissance de l'enfant, qui constitue la période légale de sa conception. Elle comprend la durée de 120 jours, différence entre les 300 jours (le maximum) et 180 jours (le minimum).

Malgré les difficultés qui se sont élevées entre les interprètes, par suite de l'ambiguïté de ces termes employés dans nos articles, *depuis tel jour, jusqu'à tel jour, tant de jours après*, etc., il faut décider que le législateur a voulu adopter pour les limites extrêmes de la durée des grossesses les nombres ronds de 300 et de 180 jours pleinement révolus. C'est à cette règle unique qu'il faut ramener tous les cas divers, sans trop se préoccuper des menus détails d'une rédaction qui a préféré la variété du style à l'exacte propriété des termes.

412. Il n'est pas nécessaire que le mariage ait duré pendant tout le temps qui s'est écoulé entre le 300^e et le 180^e jour avant l'accouchement, pour que la conception soit réputée avoir eu lieu pendant le mariage. Il suffit que le mariage ait existé à un moment quelconque de cette période légale. La conception doit toujours être réputée avoir eu lieu à l'époque la plus favorable à l'enfant.

Tel est le système de la loi : dès qu'il est possible que la conception se soit opérée pendant le mariage, le législateur présume qu'elle s'est effectivement opérée à cette époque. On a pensé avec raison qu'en une matière aussi capitale, il faut proscrire tout arbitraire de la part des juges, et qu'il vaut mieux couvrir l'illégitimité de quelques enfants que de rendre incertaine la légitimité du plus grand nombre.

413. La loi a omis de dire formellement comment il faut calculer les délais de 180 jours et de 300 jours qui forment les deux limites extrêmes de la durée de la grossesse. Il peut arriver que cette question présente un sérieux intérêt; quelques heures de plus ou de moins, suivant la manière dont on procédera, décideront quelquefois d'une filiation en la rendant légitime, naturelle ou adultérine. Le calcul doit-il se faire par jours complets de vingt-quatre heures allant de

minuit à minuit, et alors que décider quant au *dies a quo* et au *dies ad quem*, ou bien le calcul doit-il se faire par heures, *de momento ad momentum*?

Louis X. est décédé le 19 mars 1866, à deux heures du matin; le 13 janvier 1867, sa veuve accouche d'un enfant à huit heures du matin; quelle est la situation de cet enfant? Si l'on compte le délai de l'art. 315, *de momento ad momentum*, comme un espace de 300 fois 24 heures, on voit que l'enfant est né dans le courant de la 301^e série de 24 heures et est illégitime. Si, au contraire, on compte ce délai par jours complets de 24 heures de minuit à minuit, et que l'on ne compte pas la fraction du jour pendant lequel le décès s'est produit, l'enfant est né pendant le 300^e jour et est légitime.

D'après la plupart des auteurs, les délais se comptent par intervalles de 24 heures de minuit à minuit, et si l'on y comprend toujours le jour de la naissance de l'enfant, on n'y comprend jamais le jour de la célébration du mariage pour le délai de 180 jours, ni le jour du décès ou de la prononciation du divorce, pour le délai de 300 jours.

Valette et Laurent enseignent avec raison, que le calcul doit se faire par heures. Le législateur, disent-ils, n'a indiqué nulle part un mode de supputation applicable à tous les délais. L'art. 2260 est spécial à la prescription, et il y a des raisons particulières pour que la prescription ne se compte pas par heures; le plus souvent il serait impossible de fixer l'heure à laquelle elle a commencé et l'heure à laquelle elle s'est accomplie. A défaut de texte résolvant notre question, le bon sens commande de calculer d'heure à heure.

Cela est vrai d'abord du délai de 180 jours, durée de la plus courte grossesse. Son point de départ est évidemment le moment où la conception pendant le mariage est devenue possible. Or elle est possible dès que le mariage est célébré. Qu'importe que ce ne soit qu'une fraction de jour dans le sens vulgaire, si pendant cette fraction de jour la conception a pu avoir lieu! Cela est également vrai du délai de 300 jours, durée de la plus longue gestation. Il est tout naturel

de compter à partir de l'heure où le mariage s'est dissous jusqu'à l'heure de la naissance. L'opinion contraire implique cette absurdité que la conception resterait légalement possible pendant le restant de la journée du décès du mari!

Impraticable en matière de prescription, ce mode de calcul est ici parfaitement possible, puisque l'on a une preuve légale de l'heure de la naissance de l'enfant, de la célébration du mariage, du décès du mari, et de la prononciation du divorce, dans les actes de l'état civil. Art. 34, 57 et 77.

414. Les présomptions de nos art. 312, 314 et 315 sur les limites extrêmes de la durée de la gestation sont absolues ou *juris et de jure*. La loi n'autorise nulle part qu'on les attaque par une preuve contraire. On ne peut donc prouver d'aucune manière que l'enfant conçu pendant la période légale de la conception n'a pas été conçu pendant le mariage, si la mère a été mariée à un moment quelconque de cette période légale.

II. — *De la présomption que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.*

415. La présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* a une double base juridique : la fidélité que la femme doit à son mari, et la cohabitation habituelle et obligée des époux. Art. 212 et 214. Elle est conforme à l'ordre naturel des choses : c'est la fidélité de la femme à son mari qui forme la règle ordinaire ; la loi présume cette fidélité, et par suite la paternité du mari. Art. 312, al. 1^{er}.

Cette présomption n'est ni supprimée ni même atténuée en cas de séparation de corps. Il est cependant certain que, si la séparation de corps ne fait que relâcher le lien du mariage sans le briser, elle rend plus improbable le rapprochement entre les époux. Appliquer la présomption de paternité, avec son énergie ordinaire, à une situation semblable, c'est amener des résultats injustes et même scandaleux.

Les enfants conçus pendant le cours d'une instance en divorce naissent aussi sous la protection de la présomption légale *Pater is est*.

416. La légitimité parfaite s'appuie sur la combinaison de deux sortes de présomptions :

1° Présomption sur la conception pendant le mariage.

L'enfant né, au plus tôt, le 181^e jour après l'heure de la célébration du mariage, et l'enfant né, au plus tard, le 300^e jour après l'heure de la dissolution du mariage, ont été conçus pendant le mariage.

2° Présomption sur la paternité du mari.

L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari.

III. — *De la présomption que l'enfant conçu avant le mariage mais né depuis a pour père le mari.*

417. La présomption qui se dégage de l'art. 314 que l'enfant, simplement né pendant le mariage, a pour père le mari, n'a aucune base juridique. Il n'y a nulle raison de rattacher cet enfant au mari plutôt qu'à toute autre personne. Cet enfant est illégitime si l'on se reporte à l'époque de sa conception ; il ne devient légitime que par une concession de la loi et à partir du mariage seulement.

Une conséquence de cette légitimité imparfaite, c'est que l'enfant ne peut invoquer sa qualité à l'occasion de faits juridiques antérieurs au mariage de ses père et mère. Il ne peut, notamment, prendre part, comme héritier légitime, aux successions qui se sont ouvertes entre le moment de sa conception et le jour du mariage.

418. L'enfant conçu avant le mariage et né depuis n'est légitime qu'en vertu d'une concession de la loi, mais il l'est absolument à partir du mariage de ses père et mère. Son état est celui d'enfant légitime, dans le sens propre du mot, et non pas celui d'enfant naturel légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère.

D'une part, en effet, l'art. 314 qui concerne cet enfant, est compris parmi les textes relatifs à la filiation légitime ; il est placé au chapitre 1^{er} du titre VII sous la rubrique *De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage.*

D'autre part, l'art. 331 qui est relatif à la légitimation, ne concerne que les enfants nés hors mariage ; il ne s'applique point aux enfants nés pendant le mariage. La comparaison des textes et des rubriques prouve donc certainement que le législateur, dans sa toute puissance, a attaché la légitimité non seulement à la conception, mais encore au simple fait de la naissance pendant le mariage.

Il y a là un grand intérêt pour l'enfant. S'il n'avait que l'état d'enfant légitimé par le mariage de ses père et mère, il tomberait sous l'application de l'art. 331 qui prohibe la légitimation des enfants issus d'un commerce adultérin ou incestueux. Au contraire, en vertu de notre art. 314, qui ne fait aucune distinction ni réserve, l'état d'enfant légitime lui appartient pleinement, alors même qu'à l'époque de sa conception, son père ou sa mère se trouvait encore engagé dans le lien d'un premier mariage, ou qu'il existait entre eux un empêchement de mariage dérivant de la parenté ou de l'alliance qui n'était pas encore levé par des dispenses.

§ 2° — DU DÉSAVEU DE L'ENFANT CONÇU PENDANT LE MARIAGE.

Art. 312, al. 2, et 313.

419. La présomption *Pater is est* n'est pas absolue. Elle est susceptible d'être renversée par un désaveu fondé sur l'une des causes autorisées par la loi.

Les seules causes de désaveu établies par nos art. 312, al. 2, et 313 sont : 1° l'impossibilité physique de cohabitation ; 2° l'impossibilité morale de cohabitation, lorsqu'il est établi que la femme a commis un adultère et qu'elle a caché la naissance de l'enfant à son mari. Les dispositions des art. 312, al. 2, et 313 sont de stricte interprétation. Dans le doute, il faut se prononcer pour la légitimité.

L'impossibilité physique ou morale de cohabitation doit avoir existé pendant tout l'intervalle des 120 jours, où la conception a dû nécessairement avoir eu lieu. L'art. 312, al. 2, le décide d'une manière expresse pour l'impossibilité

physique, et l'art. 313 le suppose manifestement pour l'impossibilité morale. Il faut que l'impossibilité ait existé déjà dès le commencement du 300^e jour et ait continué jusqu'après le commencement du 180^e avant la naissance de l'enfant. Si l'impossibilité a cessé pendant un seul instant des 120 jours, l'enfant reste protégé par la présomption *Pater is est*.

I. — *De l'impossibilité physique de cohabitation.*

420. Le Code n'admet que deux faits qui soient de nature à justifier cette impossibilité: l'*éloignement* et un *accident*. Art. 312, al. 2.

L'*impuissance naturelle* n'est jamais admissible comme justification de l'impossibilité physique de cohabitation. Art. 313. La constatation de l'impuissance naturelle serait le plus souvent fort difficile; en tout cas, elle serait pleine de scandale. De plus, l'homme affligé de cette infirmité et qui, néanmoins, s'est marié, a commis une fraude envers la femme; il ne peut lui être permis d'invoquer sa déloyauté pour déshonorer sa victime.

421. La question de savoir si l'éloignement ou l'accident invoqué par le mari est tel qu'il justifie l'impossibilité physique de cohabitation durant la période légale de conception de l'enfant, est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge. Les seules principes à poser sur ce point sont:

1^o Que l'impossibilité physique doit être démontrée d'une manière absolue. Des vraisemblances, quelque fortes qu'elles soient; ne peuvent jamais suffire.

2^o Que le mot *éloignement* désigne toute séparation matérielle entre les époux. Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait eu éloignement dans le sens légal de ce mot, que les époux aient été séparés par une *distance* impossible à franchir pendant la période légale de conception; il suffit qu'ils se soient trouvés dans des conditions matérielles de séparation telles que tout acte de cohabitation entre eux ait été impossible. D. 1890, I, 377.

3° Que le mot *accident* comprend les maladies internes aussi bien que les blessures ou mutilations externes, sous cette condition qu'elles aient rendu le mari absolument impropre à la génération pendant toute la période légale. B. J. 1885, p. 647.

4° Que l'art. 312 admet le désaveu pour impuissance *accidentelle*, sans distinguer si l'accident est ou non postérieur à la célébration du mariage.

II. — *De l'impossibilité morale de cohabitation.*

422. Le Code admet tous faits quelconques de nature à justifier l'impossibilité morale de cohabitation entre les époux, mais il exige que ces faits soient corroborés par la preuve d'un adultère de la femme durant la période légale de conception et la preuve de mesures prises par la femme pour cacher la naissance de l'enfant. Art. 313.

1° L'adultère de la femme est la première condition d'admissibilité du désaveu. Cet adultère doit évidemment avoir coïncidé avec l'époque de la conception présumée de l'enfant. Ce n'est que lorsque cette coïncidence a existé que la présomption de paternité du mari est ébranlée. P. 1881, I, 344. L'adultère de la femme durant la période légale de conception ne constitue pas à lui seul une cause péremptoire de désaveu. Il est possible, malgré l'infidélité de la femme, que le mari soit le père de l'enfant.

2° La seconde condition est le recel de la naissance de l'enfant. Ce qui constitue cette condition, c'est que la femme ait pris des mesures pour cacher à son mari la naissance de l'enfant il importe peu d'ailleurs que sa *dissimulation* ait ou non réussi. C'est là une condition déplorable. Il peut se présenter des cas où l'infidélité de la femme est avérée, où tous les faits concourent à démontrer l'impossibilité morale de cohabitation, et où pourtant, soit par impudeur, soit par tout autre motif, la femme n'a pris aucune mesure pour cacher la naissance de l'enfant ; le mari est alors privé du droit de désavouer l'enfant. Le cas peut même se présenter où, après

avoir commencé à cacher sa grossesse, la femme donne à son accouchement la publicité ordinaire, dans le but déterminé d'enlever à son mari la ressource du désaveu ; cette manœuvre doit légalement réussir, puisque, d'après l'art. 313, le recel de la grossesse ne suffit pas ; c'est le recel de la naissance que la loi exige.

3° Quant à la troisième condition, le Code ne limite aucunement les faits que le mari peut proposer pour établir qu'il n'est pas le père de l'enfant.

423. C'est au mari qui agit en désaveu à prouver l'adultère de sa femme, le recel de la naissance de l'enfant et les faits constitutifs de l'impossibilité morale de cohabitation. Cette preuve des trois conditions du désaveu, il peut la faire par toutes voies de droit.

L'adultère de la femme doit être l'objet d'une preuve *spéciale*, aussi bien que le recel de la naissance. Il ne suffit pas que le mari établisse les faits qui excluent moralement sa paternité. Si la rédaction de l'art. 313 prête à la controverse, l'esprit de cette disposition ne laisse place à aucun doute : il est d'exiger *trois* inductions qui se fortifient réciproquement.

Rien ne s'oppose à ce que les faits relatifs à l'adultère, au recel et à l'impossibilité morale soient proposés cumulativement par le mari et compris par le juge dans un seul et même jugement d'admission à preuve. P. 1882, II, 253.

§ 3°. — DU DÉSAVEU DE L'ENFANT SIMPLEMENT NÉ PENDANT
LE MARIAGE.

Art. 314.

424. Le droit du mari de désavouer cet enfant est absolu. Le mari ne doit justifier d'aucune cause particulière. Il suffit qu'il invoque la circonstance que l'enfant a été conçu avant le mariage. A ce désaveu péremptoire fondé sur le simple rapprochement des dates du mariage et de la naissance, l'enfant ne peut opposer que des fins de non-recevoir, ayant toutes pour fondement l'aveu exprès ou tacite que le mari aurait fait de sa paternité.

Les fins de non-recevoir admises par la loi sont : 1° la connaissance par le mari de la grossesse avant le mariage; 2° le concours du mari à l'acte de naissance de l'enfant.

En droit, la preuve que le mari a eu connaissance de la grossesse peut se faire par tous moyens. Or, il est incontestable que les relations habituelles et intimes qui existaient avant le mariage entre l'homme et la femme sont des faits qui peuvent fournir cette preuve; les magistrats sont autorisés à conclure, à titre de présomption humaine, que l'homme ayant connu la femme a aussi connu la grossesse.

L'assistance du mari à l'acte de naissance ne s'entend pas d'une assistance purement matérielle; il faut qu'il ait concouru à l'acte, en qualité de déclarant ou de témoin, et que, par conséquent, cet acte soit signé de lui ou contienne sa déclaration de ne savoir signer. Art. 314 et 39 cbn.

L'intervention du mari à l'acte de naissance ne peut plus être opposée comme fin de non-recevoir contre l'action en désaveu, si cet acte renferme quelque protestation ou réserve faite par le mari, ou s'il contient quelque énonciation contraire à sa paternité, comme serait, par exemple, la mention que l'enfant est né d'un père inconnu.

§ 4°. — DE L'ACTION EN DÉSAVEU.

Art. 316 à 318.

I. — *A qui appartient cette action.*

425. L'action en désaveu est personnelle au mari, pendant sa vie. Après son décès, elle passe à ses successeurs universels s'il est mort avant d'avoir agi, mais étant encore dans le délai utile. A plus forte raison, l'action passe aux successeurs universels, si le mari est mort après l'avoir intentée, mais avant le jugement définitif.

Du vivant du mari, l'action n'appartient qu'à lui; elle est exclusivement attachée à sa personne. Art. 312 à 314. Dans son chef, elle se caractérise uniquement par un intérêt moral et d'honneur; elle est dégagée de toute préoccupation relative au patrimoine; elle ne tend qu'à rejeter l'enfant de

la famille, à rompre le lien de paternité et de filiation. Nul doute que les créanciers du mari ne peuvent intenter l'action en désaveu.

On examinera plus tard, au titre de l'interdiction, si le désaveu peut être formé pour le mari et en son nom, par son représentant légal, en cas d'interdiction judiciaire.

426. Après le décès du mari, l'action passe à ses héritiers ou à ses autres successeurs universels. Art. 317. Dans leur chef, elle se caractérise uniquement par un intérêt pécuniaire; elle n'a d'autre but que de protéger leurs droits héréditaires en faisant écarter l'enfant de la succession du mari. Cette transformation de l'action en désaveu est mise en relief par la finale de l'art. 317. Il suit de là que l'action en désaveu, aux mains des héritiers du mari, est susceptible d'être exercée par leurs créanciers.

Dans le titre des successions, le mot *héritiers* désigne uniquement les parents légitimes appelés par la loi à la succession ab intestat. Art. 724. Ailleurs ce mot a souvent une signification plus large : il désigne tous les successeurs universels ab intestat ou testamentaires, c'est-à-dire donc non seulement les héritiers légaux, mais encore les successeurs irréguliers appelés avec les parents légitimes ou, à leur défaut, les légataires ou les institués contractuels universels ou à titre universel. Le terme héritiers doit être pris ici dans son acception large. C'est que l'action en désaveu présente un caractère purement pécuniaire, dès la mort du mari; elle se trouve *in bonis*, dans la masse à partager; dès lors, il est tout naturel qu'elle appartienne aux diverses personnes qui recueillent une fraction de cette masse, à quelque titre que ce soit. Il va de soi d'ailleurs que les successeurs universels n'ont le droit de suivre ou d'intenter l'action en désaveu que s'ils n'ont point renoncé à la succession. Art. 785.

L'action en désaveu appartient individuellement à chacun des successeurs universels pour sa part héréditaire. Art. 724 et 1120.

427. Les dispositions des art. 312 à 314 et 317 sont essentiellement limitatives.

L'action en désaveu n'appartient donc pas à la femme ni à ses héritiers.

Elle n'appartient pas non plus à ceux des parents du mari qui ne sont pas ses successeurs universels.

Elle n'appartient même pas aux donataires ou légataires à titre particulier du mari, qui pourraient avoir grand intérêt à l'exercer, pour se mettre à l'abri d'une action en réduction.

II. — *Du délai pour exercer l'action en désaveu.*

428. Le système de la loi est de réduire l'exercice de l'action en désaveu à un très court délai. Il faut, en effet, que l'état de la famille soit rapidement fixé; on ne peut laisser longtemps en suspens sur la tête de l'enfant la menace du désaveu.

Les délais fixés par les art. 316 à 318 ne constituent pas de simples délais de prescription, mais de véritables délais préfixes, pendant la durée desquels il faut, à peine de déchéance, exercer l'action en désaveu. Quelle que soit donc la situation de celui qui est investi de l'action, il n'y a jamais lieu à *suspension* à son profit, comme cela pourrait avoir lieu en cas de prescription. Art. 2252.

429. En principe, le mari n'a qu'un délai d'un mois, à compter de la naissance de l'enfant. Art. 316, al. 1^{er}.

Par exception, le délai est augmenté et son point de départ est retardé, lorsque le mari n'est pas présent sur les lieux au jour de la naissance, ou lorsque la naissance lui est cachée. Art. 316, al. 2 et 3.

C'est au mari qui agit après l'expiration du mois de la naissance, à justifier qu'il est encore recevable, en prouvant qu'il n'était pas présent sur les lieux, lors de la naissance, ou que celle-ci lui a été cachée. P. 1891, III, 157.

430. Les successeurs universels du mari qui est mort avant d'avoir agi mais étant encore dans le délai utile, ont toujours un nouveau délai de deux mois, et ce délai ne commence à courir que du jour où l'enfant se met en possession des biens du mari ou du jour où ils sont eux-mêmes troublés par l'enfant dans cette possession. Art. 317.

Les successeurs universels sont-ils recevables à intenter l'action en désaveu, avant que l'enfant ait manifesté de prétention à la succession du mari? Il semble qu'ils n'ont point d'intérêt *actuel* tant qu'ils ne sont pas troublés par un acte quelconque de l'enfant. La vérité est que cet intérêt existe, abstraction de tout trouble. Ils ont, en effet, toujours à craindre que si l'enfant réclame plus tard la succession, les preuves de la non-paternité aient disparu ou déperî et qu'ils se trouvent alors dans l'impuissance de contester, avec succès, la filiation du réclamant. D. 1887, II, 2.

431. L'art. 318 accorde au mari et à ses successeurs universels un moyen de prolonger d'un mois le délai qui leur est imparti pour former leur action. Ce moyen consiste à déclarer, avant l'expiration de ce délai, dans un acte extrajudiciaire, leur intention de désavouer l'enfant.

L'art. 318 n'ayant pas déterminé la forme de cet acte extrajudiciaire, il faut en conclure que la déclaration de désaveu peut être faite dans un acte quelconque ayant date certaine antérieure à l'expiration du délai ordinaire.

III. — *De l'instance en désaveu.*

432. C'est l'enfant qui est seul défendeur à l'action en désaveu; c'est contre lui seul que l'action est dirigée. Mais comme l'honneur de la mère est engagé dans l'affaire, la loi veut qu'elle soit toujours appelée à intervenir au procès; elle n'y est pas défenderesse, mais partie forcément intervenante.

Comment l'enfant sera-t-il représenté dans l'instance, s'il est mineur non émancipé (ce qui sera le cas le plus ordinaire), ou interdit? L'art. 318 décide qu'il sera représenté par un tuteur *ad hoc*, et cet article dispose d'une manière générale, sans faire de restriction pour le cas où l'enfant aurait un tuteur ordinaire ⁽¹⁾.

Par qui et comment le tuteur *ad hoc* devra-t-il être

⁽¹⁾ L'enfant étant réputé légitime tant que le désaveu n'est pas admis, et aucune loi ne lui assignant le domicile du tuteur *ad hoc*, la poursuite du désaveu doit avoir lieu devant le juge du domicile du père. P. 1883, I, 29,

désigné ? La jurisprudence conclut, avec raison, du silence de l'art. 318 que cette nomination devra être faite par le conseil de famille composé suivant les règles ordinaires des art. 406 et suiv. D'après le droit commun, en effet, la nomination des tuteurs rentre dans les attributions du conseil de famille. P. 1885, II, 328. Ce silence de l'art. 318 est regrettable ; le législateur aurait dû se défier des parents paternels et maternels de l'enfant, et écarter tout soupçon de connivence ou de faiblesse en attribuant toujours la nomination du tuteur *ad hoc* au tribunal saisi de la demande en désaveu.

IV. — *Des effets de l'admission du désaveu.*

433. Lorsque le désaveu est admis, l'enfant est rejeté de la famille légitime. Il ne se rattache plus désormais qu'à sa mère elle-même, en qualité d'enfant adultérin, si sa conception est postérieure à la célébration du mariage, ou bien en qualité d'enfant naturel simple, si elle est antérieure au mariage.

§ 5^e. — DE LA CONDITION DE L'ENFANT NÉ TROIS CENTS JOURS APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

Art. 315.

434. La durée de la gestation la plus longue étant de 300 jours, l'enfant qui naît plus de 300 jours après la dissolution du mariage a été conçu depuis le décès du mari ou la prononciation du divorce. Il semble donc qu'il doive être illégitime de plein droit. Cependant l'art. 315 se borne à déclarer que sa légitimité pourra être contestée, ce qui revient à dire qu'il n'est illégitime qu'autant que son illégitimité est prononcée par la justice. Pour lui enlever l'état d'enfant légitime, il faut toujours une décision judiciaire. Le système de la loi est qu'il s'agit là d'une question d'ordre purement privé ; si la personne qu'elle intéresse s'abstient de réclamer, il n'y a pas de motif pour condamner à la bâtardise celui que la famille entend recueillir. Mais le juge saisi de la demande

en contestation de légitimité n'a aucun pouvoir discrétionnaire; il doit nécessairement déclarer l'enfant illégitime dès lors qu'il reconnaît que la naissance a eu lieu plus de 300 jours après la dissolution du mariage.

435. L'action dont il s'agit à l'art. 315 s'appelle *action en contestation de légitimité*. On nomme ainsi toutes les actions qui attaquent la légitimité de l'enfant, par n'importe quelle raison, sauf la dénégation de la paternité du mari dont il s'agit aux art. 312 à 314.

L'action en contestation de légitimité est régie uniquement par les principes généraux du droit. Elle appartient, *proprio nomine*, à toute personne intéressée. Elle n'est soumise à aucune des règles spéciales des art. 316 à 318.

§ 6°. — DE QUELQUES DIFFICULTÉS PARTICULIÈRES.

436. Les actions en désaveu et en contestation de légitimité ne peuvent être intentées que contre un enfant né vivant et viable.

Ces actions ne sont pas admissibles contre un enfant simplement conçu. Avant sa naissance, l'enfant n'est pas une personne.

Elles ne sont pas admissibles contre un enfant non viable. L'enfant non viable est considéré comme n'ayant jamais existé; il ne jouit d'aucun droit civil. Art. 314, 3°.

437. On suppose que la femme s'est remariée, malgré la prohibition légale, peu de temps après le décès de son mari ou la prononciation du divorce, et qu'il lui naît un enfant avant l'expiration des 300 jours de la dissolution de son premier mariage.

Il n'y a pas vraiment de difficulté si la naissance de l'enfant a lieu dans les 180 premiers jours du second mariage.

Mais quid si la naissance n'a lieu que plus de 180 jours depuis la célébration du second mariage? Il y a alors conflit entre deux présomptions légales *de même valeur*, celle de la durée la plus longue de la gestation qui affirme la paternité

du premier mari, et celle de la durée la plus courte de la gestation qui affirme la paternité du second mari.

Aucun texte n'indique la manière de terminer le conflit. La solution la plus généralement admise est celle qui donne au juge la mission de décider, d'après les circonstances particulières de chaque espèce, à quelle famille l'enfant doit se rattacher. La nature des faits que le juge doit prendre en considération est déterminée par l'objet même qui est à juger.

SECTION 2^e. — Des preuves de la filiation légitime et des actions en réclamation ou en contestation d'état d'enfant légitime.

§ 1^{er}. — DES PREUVES DE LA FILIATION LÉGITIME.

438. La preuve de la légitimité doit comprendre trois faits, dont la preuve directe est possible :

1^o L'existence du mariage. On sait comment la célébration du mariage se prouve. Art. 194. La loi suppose ici cette preuve préalablement établie.

2^o La maternité de la femme ou la filiation maternelle. La filiation maternelle se prouve de trois manières différentes : par l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil ; par la possession constante de l'état d'enfant légitime ; par la preuve testimoniale, sous les conditions des art. 323 à 325.

3^o L'identité de l'enfant. Si l'identité de l'enfant est contestée, elle doit être établie. De droit commun l'identité de l'enfant peut être établie par témoins.

439. En général, le Code ne s'occupe pas, aux art. 319 et suiv., de la filiation paternelle. C'est que, de droit commun, une fois la filiation maternelle établie, la filiation paternelle est déterminée par la présomption légale de paternité, sous réserve du désaveu. Par exception, il en est autrement lorsque la filiation maternelle n'est établie que par la preuve testimoniale, selon l'art. 323.

I. — *De la preuve qui résulte de l'acte de naissance.*

Art. 319.

440. La filiation maternelle de l'enfant légitime se prouve par l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil.

Cette disposition de l'art. 319 doit se combiner :

1° Avec la règle de l'art. 45 sur la production des actes de l'état civil.

2° Avec les principes exposés au titre des actes de l'état civil sur la force probante de ces actes. L'acte de naissance ne fait donc foi que jusqu'à preuve contraire du fait de la maternité.

La preuve de la maternité ne se trouve pas ébranlée par les omissions ou les inexactitudes que l'acte de naissance peut contenir, lorsque d'ailleurs la personne accouchée et le fait de la naissance se trouvent suffisamment désignés. L'art. 319 s'applique alors même que l'acte de naissance désigne la femme mariée seulement sous son nom de fille et porte que l'enfant est issu d'un père inconnu ou d'un individu nommément désigné qui n'est pas le mari. C'est que l'acte de naissance n'est pas destiné à prouver la filiation paternelle, ni le mariage de la mère. Il ne prouve en lui-même qu'une chose : qu'à telle époque, un enfant a été présenté à l'officier de l'état civil, avec déclaration qu'il était né de telle femme. C'est la loi elle-même qui écrit dans l'acte de naissance le nom du mari, et du même coup elle efface toutes les énonciations scandaleuses qu'on n'aurait pas dû y insérer, et qui ne sauraient prendre la place de cette désignation qu'elle fait souverainement elle-même.

Cette doctrine trouve sa confirmation dans l'art. 323. On y voit que la loi n'assimile à l'absence de titre que l'inscription de l'enfant *sous de faux noms* ou *comme né de père et mère inconnus*. Le titre conserve donc sa force probante dans les autres cas, sauf, bien entendu, la faculté qui pourrait appartenir au mari d'agir en désaveu. P. 1891, III, 157.

441. L'acte de naissance ne prouve que l'accouchement de la mère; il ne saurait prouver que l'enfant qui réclame est .

celui dont la femme est accouchée. Celui qui présente comme sien un acte de naissance doit donc établir son identité avec l'enfant auquel cet acte se réfère.

Lorsque la filiation de l'enfant s'appuie sur un acte de naissance, la preuve de l'identité peut se faire *de plano* par témoins, sans les conditions exigées par l'art. 323. Ce n'est qu'à défaut d'acte de naissance que l'art. 323 soumet l'admission de la preuve testimoniale à certaines garanties préalables ; on ne tombe point sous l'empire de cette disposition lorsque la maternité est régulièrement prouvée par un acte de naissance et qu'il n'y a plus à faire que l'application de cet acte à l'enfant auquel la femme mariée a donné le jour. Le législateur n'a pas pensé que l'admission de la preuve testimoniale, d'emblée et sans conditions, pourrait présenter des dangers ici ; autre chose est d'imputer à une femme et à un homme la naissance d'un enfant qu'ils méconnaissent avoir eu ; autre chose, la simple preuve de l'identité du réclamant avec l'enfant auquel il est prouvé que la femme a donné le jour.

II. — *De la preuve par la possession d'état.*

Art. 320 et 321.

442. Contrairement au droit commun établi par le titre des actes de l'état civil, l'art. 320 dispose qu'à défaut d'acte de naissance la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit pour prouver la filiation, tant vis-à-vis du père que vis-à-vis de la mère. Cette disposition ne fait aucune distinction des causes par suite desquelles l'acte de naissance ne serait pas produit ; elle déclare la possession d'état toujours suffisante.

La raison de l'exception faite par l'art. 320, c'est qu'il peut arriver que la naissance de l'enfant n'ait pas été déclarée à l'officier de l'état civil, ou que l'enfant ait été inscrit au registre sous de faux noms ; on ne saurait sans injustice lui faire subir les conséquences d'une négligence ou d'une fraude, qui lui est complètement étrangère. L'enfant peut d'ailleurs

ignorer la commune où il est né et se trouver, par suite, dans l'impossibilité de représenter son acte de naissance. La possession d'état d'enfant légitime prouve la filiation parce que cette possession a été l'œuvre non pas de l'enfant lui-même, mais des personnes qui avaient intérêt à contester son état.

La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont : 1° que l'individu a toujours porté le nom de celui qu'il prétend avoir pour père (*nomen*) ; 2° que ceux dont il se dit l'enfant l'ont toujours traité comme tel et ont pourvu, en cette qualité, à son entretien, à son éducation et à son établissement (*tractatus*) ; 3° qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la famille et dans la société (*fama*). Art. 322.

443. Pour faire preuve de la filiation légitime, la possession d'état doit réunir deux caractères :

1° Elle doit être *constante*, c'est-à-dire, comme l'explique l'art. 322, s'appliquer à la vie entière du réclamant depuis sa naissance. Art. 321. Cette condition empêche les époux de cacher une adoption en donnant la possession d'état à un enfant.

2° Elle doit exister à l'égard du *père* comme à l'égard de la *mère*. Art. 322. Cela s'explique parfaitement : un enfant n'est légitime qu'autant qu'il appartient aux deux époux, au mari comme à la femme ; il ne peut donc y avoir de possession d'état d'enfant légitime que si les faits qui la constituent s'appliquent simultanément et indivisément au mari et à la femme.

444. La possession d'état peut être établie par toute espèce de preuves. Comme il s'agit de faits extrêmement notoires, la loi n'a pas cru devoir exiger ici les mêmes conditions que dans le cas de l'art. 323 ; le témoin qui viendrait mentir à la justice trouverait à l'instant cent contradicteurs.

Les adversaires de l'enfant sont toujours admis à combattre sa prétention ; ils ont le droit d'établir qu'elle n'est

pas fondée, soit parce que l'enfant est plus âgé que ne le comporte le mariage de ses prétendus père et mère, soit parce qu'il n'y a pas eu d'enfant de ce mariage, soit parce que la preuve est frauduleuse, etc.

445. La possession d'état d'enfant légitime a plus de puissance que l'acte de naissance. Elle prouve non seulement la filiation, mais encore l'identité de l'enfant.

De plus, elle sert à prouver le mariage, lorsqu'elle est combinée avec la possession d'état d'époux par les père et mère actuellement décédés. Art. 197.

Il va de soi que lorsque les conditions de la possession d'état d'enfant légitime sont réunies, la voie du désaveu n'est plus ouverte au mari pour combattre la présomption de paternité.

III. — *De la preuve par témoins.*

Art. 323 à 325.

446. A défaut d'acte de naissance et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de la maternité peut se faire par témoins. Art. 323, al. 1^{er}. Cette disposition déroge encore au droit commun du titre des actes de l'état civil. Le législateur a voulu ouvrir la preuve testimoniale à l'enfant, pour qu'on ne puisse pas facilement le dépouiller de son état. Mais il ne la lui a pas ouverte *de plano*.

La preuve testimoniale ne peut être admise que lorsque l'enfant a un commencement de preuve par écrit ou que les circonstances permettent de faire croire au bien-fondé de sa demande. Art. 323, al. 2. Dangereuse en toute matière, la preuve testimoniale l'est particulièrement ici à cause de l'extrême importance de l'objet du débat. Il fallait protéger le repos des familles contre les usurpations des aventuriers, en n'autorisant la preuve testimoniale qu'autant que certains écrits ou certains faits rendent vraisemblable la prétention du réclamanant. Toutes les probabilités sont d'ailleurs

contre l'enfant : car s'il est légitime, comment expliquer qu'il n'ait ni acte de naissance ni possession d'état, ou qu'il ait été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus ?

447. La théorie du commencement de preuve par écrit est organisée pour notre matière par l'art. 324. Au titre des obligations, le commencement de preuve par écrit s'entend uniquement d'un écrit émané de la partie à laquelle on l'oppose, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Art. 1347. Ici, le législateur a donné plus d'extension au commencement de preuve par écrit. Le commencement de preuve par écrit peut résulter non seulement d'un écrit émané du défendeur, mais encore des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, et même des actes publics ou des écrits privés émanés d'une personne qui aurait intérêt à contester la prétention de l'enfant si elle était encore vivante.

La loi veut que l'auteur de l'écrit contenant des indications favorables à la prétention de l'enfant soit décédé, afin qu'on ne puisse pas supposer que cet écrit a été fait pour les besoins de la cause.

448. L'art. 323, al. 2, assimile au commencement de preuve par écrit les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants qui rendent la prétention vraisemblable. Il a obéi ainsi à un sentiment d'équité ; il y a encore tant de familles où l'écriture est inconnue ! On donne comme exemple d'indices graves une possession d'état incomplète, ou bien encore la présentation par l'enfant de vêtements ou autres effets trouvés sur lui (art. 58) et ayant appartenu à celle qu'il prétend être sa mère.

Ces présomptions ou indices graves doivent résulter de faits déjà *constants*, c'est-à-dire de faits déjà prouvés lors de la demande, soit que les adversaires de l'enfant les reconnaissent, soit qu'ils résultent des documents du procès. La loi veut que ces faits soient avérés, afin qu'on n'aboutisse pas à prouver la filiation uniquement par des témoignages.

449. L'art. 325 suppose que l'enfant est admis à produire des témoins afin de prouver l'accouchement de la femme et son identité avec l'enfant dont elle a été accouchée; il dispose que les défendeurs sont autorisés à combattre par *tous les moyens*, les témoignages que l'enfant va invoquer. En s'exprimant ainsi, la loi veut marquer que les défendeurs peuvent faire la preuve contraire, non seulement par témoins, mais encore par toutes sortes de présomptions humaines.

450. En principe, dès qu'il est légalement prouvé que l'enfant est issu de telle femme mariée, il a nécessairement pour père le mari de cette femme, en vertu de la présomption de paternité qui résulte du mariage, et cette présomption ne peut être combattue que par une action en désaveu, soumise aux conditions spéciales des art. 312 à 318.

Par exception, lorsque la filiation maternelle n'est établie que par témoins selon l'art. 323, les adversaires de l'enfant peuvent repousser la présomption légale de paternité en justifiant, par tous moyens, même par de simples présomptions humaines, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère. Art. 325. Tout ce qui est caractéristique de l'action en désaveu disparaît alors; il n'y a plus à se préoccuper des règles de preuve, de délai et de forme établies dans la théorie générale du désaveu.

La raison de cette disposition exceptionnelle est que la prétention de l'enfant s'est présentée d'une manière suspecte et anormale; il est juste que la présomption de paternité soit affaiblie. Le tribunal appréciera souverainement la cause, en tenant compte des circonstances. D. 1887, II, 1.

IV. — *De la preuve de la filiation dans les cas auxquels s'applique l'art. 46.*

451. Il faut bien distinguer l'hypothèse prévue par l'art. 323 (le simple défaut de titre) de celle qui est régie par l'art. 46 (l'inexistence ou la perte des registres de l'état civil).

Lorsque l'enfant se trouve dans l'impossibilité de prouver sa filiation par un acte de naissance inscrit sur les registres

de l'état civil, soit parce que l'officier de l'état civil a omis de dresser cet acte sur les registres, soit parce que l'acte qui avait été dressé se trouve détruit ou perdu, il a le droit de prouver sa filiation maternelle par tous moyens, sans devoir rapporter le commencement de preuve par écrit ou par faits avérés, exigé par l'art. 323; il suffit qu'il fasse, même par simples témoignages, la preuve préalable prescrite par l'art. 46.

Quand la preuve préalable et la preuve définitive dont il s'agit à l'art. 46 auront été fournies, l'enfant se trouvera, vis-à-vis de son adversaire, dans la même situation que s'il avait pu produire l'acte de naissance; le jugement rendu établira sa naissance et sa filiation légitime comme l'acte de naissance en aurait fait preuve selon l'art. 319.

§ 2°. — DES ACTIONS EN RÉCLAMATION OU EN CONTESTATION
D'ÉTAT D'ENFANT LÉGITIME.

I. — *Du principe de l'art. 322.*

452. L'action en réclamation d'état d'enfant légitime est celle par laquelle une personne demande à faire la preuve testimoniale de son état d'enfant légitime.

L'action en contestation d'état d'enfant légitime est celle par laquelle on demande à faire la preuve qu'une personne n'a pas l'état d'enfant légitime dont elle est en possession ou qu'elle paraît avoir d'après son acte de naissance.

On sait que la preuve qui résulte de l'acte de naissance ou de la possession d'état peut être combattue par la preuve contraire au moyen de toutes voies de droit. Au contraire, la concordance de l'acte de naissance et de la possession d'état constitue une preuve irréfragable, excluant à la fois toute réclamation de la part de l'enfant et toute contestation de la part des tiers. Isolées, les preuves qui résultent de l'acte de naissance ou de la possession d'état peuvent être combattues; réunies et conformes, elles excluent toute preuve contraire. Art. 322.

La règle absolue de l'art. 322 a été écrite dans l'intérêt de

la paix des familles. L'acte de naissance et la possession d'état sont les preuves les plus fortes de la filiation; la loi ne veut pas que lorsque ces deux preuves se prêtent un mutuel appui, un intrigant soit recevable à les ébranler par la preuve testimoniale qui est toujours beaucoup moins certaine. Peu importe après cela que dans quelques cas particuliers, la fin de non-recevoir établie par l'art. 322, soit en opposition avec la réalité des choses; la loi ferme les yeux sur les inconvénients de la règle absolue et fait ce sacrifice au repos et à la stabilité des familles.

Il résulte de l'art. 322 que lorsque l'enfant est inscrit sous de faux noms, il ne peut être admis, même par inscription de faux, à réclamer un autre état que celui qui est constaté par l'acte frauduleux, si celui-ci est confirmé par la situation de fait que l'enfant a occupée, depuis, dans la famille et dans la société. Il arrive ainsi malheureusement que le droit de l'enfant de prouver sa filiation par témoins perd toute efficacité pratique dans les cas du crime de supposition ou de substitution de part. Art. 363 c. pén. D. 1891, II, 129.

453. Il ne faut pas étendre l'application de la règle de l'art. 322 en dehors de l'hypothèse pour laquelle elle a été écrite.

Cette règle n'empêche pas de contester la légitimité d'un enfant qui a possession d'état et titre de naissance conforme, en contestant que ses père et mère aient jamais été mariés. La preuve du mariage, en effet, est uniquement réglée par les art. 194 et suiv.

II.— *De l'action en réclamation d'état d'enfant légitime.*

Art. 328 à 330.

454. L'action en réclamation d'état d'enfant légitime n'appartient qu'à l'enfant pendant sa vie. Art. 328.

Après son décès, elle passe à ses successeurs universels, mais seulement dans les cas prévus par les art. 329 et 330 :

1° Lorsque l'enfant est décédé étant encore mineur ou dans les cinq années après sa majorité. Art. 329. L'enfant qui n'a pas agi dans les cinq ans à compter de sa majorité est

réputé avoir renoncé au droit de réclamer son état. Son silence, dit l'exposé des motifs, prouve qu'il n'a pas cru avoir des droits; dès lors, ses héritiers ne doivent plus être admis à s'introduire dans une famille à laquelle leur auteur s'est regardé lui-même comme étranger.

Cette présomption de renonciation est absolue. La loi n'admet nulle part les héritiers à la combattre ni à prouver que l'enfant qui n'a pas réclaté et qui est mort après sa vingt-sixième année ignorait son état.

2° Lorsque l'enfant a intenté lui-même l'action et est venu à mourir avant la solution du procès. Dans ce cas, ses héritiers peuvent continuer l'action, quoique l'enfant soit décédé après l'âge de vingt-six ans; mais il faut pour cela que l'instance existe encore au décès de l'enfant; si ce dernier s'était désisté formellement de son action ou s'il avait laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure, ses héritiers ne bénéficieraient plus du droit de suivre l'action. Art. 330.

455. Dans le chef de l'enfant, l'action se caractérise surtout par un intérêt moral; son but principal est l'établissement de l'état du demandeur, c'est-à-dire la reconnaissance de sa qualité d'enfant légitime de tel père et de telle mère. Or, l'état des personnes est d'ordre public. Comme tel, il est hors du commerce et ne peut être l'objet de conventions ou de dispositions privées. Art. 6 et 1128. Il suit de là :

1° Que l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant. Art. 328.

2° Qu'elle est également soustraite aux effets de toute renonciation et de toute transaction.

Mais il ne faut pas confondre l'état lui-même avec les droits pécuniaires qui y sont attachés. Ces droits sont dans le commerce et, par suite, susceptibles de renonciation, de transaction et de prescription. Ex. : Secundus a recueilli depuis plus de trente ans la succession de Primus, son père, lorsque se présente un individu, Tertius, qui prétend être, comme Secundus, enfant légitime de Primus. Malgré sa longue inaction, Tertius devra être écouté dans sa demande

en réclamation d'état, mais il ne pourra, après avoir fait la preuve de sa filiation, demander à Secundus la moitié de la succession de Primus. L'action en pétition d'hérédité est, en effet, éteinte par la prescription selon l'art. 2262.

456. Dans le chef des héritiers, l'action en réclamation d'état prend la nature d'action de pur intérêt pécuniaire ; son objet n'est plus l'état d'enfant légitime de leur auteur, ce sont uniquement les avantages pécuniaires attachés à cet état. C'est ce qui explique les restrictions faites par l'art. 330. Il suit de là :

1° Que l'action, imprescriptible au regard de l'enfant, est prescriptible au regard de ses héritiers ; le délai de la prescription est de trente années qui courent du décès de l'enfant au nom duquel on élève la réclamation. Art. 2262.

2° Que cette action fait partie de leur patrimoine ; ils peuvent y renoncer, transiger sur elle et ses conséquences, comme sur toute autre action pécuniaire leur appartenant.

3° Que les créanciers des héritiers peuvent l'exercer en vertu du principe de l'art. 1166.

457. On s'est demandé si les *descendants* de l'enfant ne peuvent jamais agir qu'en qualité d'héritiers ou s'ils ont de leur *propre chef* l'action en réclamation d'état.

L'intérêt de cette question est que si les descendants de l'enfant ont une action propre en réclamation d'état, cette action doit présenter un caractère moral plutôt que pécuniaire et, par conséquent, se trouver protégée par la règle de l'art. 328 et affranchie des règles restrictives des art. 329 et 330.

Les descendants ne sont jamais fondés à agir que comme héritiers. Leur état de légitimité ne dépend pas, en effet, du sort d'une réclamation qu'ils formeraient contre les ancêtres de leur auteur, puisque cet état est fixé vis-à-vis de celui-ci. Aussi aucun de nos textes ne s'occupe-t-il des descendants comme tels ; toujours la loi les comprend sous la dénomination générale d'héritiers, en opposant ce terme à l'expression précise d'enfant. Nos articles ne connaissent que deux termes : l'enfant et les héritiers. En présence de cette terminologie

des textes, il aurait fallu une disposition spéciale, si le législateur avait voulu placer les descendants dans une situation différente de celle qu'il donne aux héritiers en général.

III. — *De l'action de contestation d'état d'enfant légitime.*

458. Le chapitre des preuves de la filiation des enfants légitimes ne contient que trois dispositions applicables à l'action en contestation de légitimité, lorsque cette action attaque la filiation maternelle de l'enfant. Ce sont les art. 322, al. 2, 326 et 327. Le premier a déjà été étudié ; les deux autres contiennent des règles spéciales de compétence et de procédure ; ils feront l'objet d'une division particulière.

L'action en contestation de légitimité ou d'état d'enfant légitime est toujours soumise aux règles suivantes, soit qu'elle attaque la filiation paternelle de l'enfant en vertu de l'art. 315, soit qu'elle attaque la filiation maternelle qui lui est donnée par son acte de naissance ou par la possession d'état :

1° L'action appartient *proprio nomine* à toute personne intéressée. Un intérêt pécuniaire n'est pas nécessaire pour pouvoir agir ; un intérêt moral suffit. Ainsi chacun des membres d'une famille peut contester à une personne la filiation qu'elle s'attribue non seulement pour l'exclure de toutes successions, mais encore pour lui faire interdire de porter le nom et les titres de cette famille. P. 1891, II, 325.

2° L'état civil n'est jamais dans le commerce. Il ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par prescription. Mais cette imprescriptibilité ne s'applique qu'à l'état lui-même, c'est-à-dire à la filiation ; elle ne s'applique pas aux droits pécuniaires qui en dérivent. Ainsi, les adversaires de l'enfant ne pourraient pas se faire restituer les successions ouvertes depuis plus de trente ans et recueillies par lui en vertu de la qualité qu'ils lui contestent. Ce qui est vrai de la prescription est également vrai de la renonciation que l'une des personnes intéressées à contester l'état d'un individu viendrait à faire au droit qui lui appartient d'agir.

IV. — *Des dispositions des art. 326 et 327.*

459. D'après l'art. 326, les tribunaux de répression ne peuvent jamais juger incidemment les questions de filiation qui sont soulevées devant eux, à l'occasion des infractions dont ils sont saisis. C'est là une dérogation au droit commun de la compétence. Art. 15 de la loi du 17 avril 1878.

D'après l'art. 327, l'action publique contre un crime de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état, le civil tient le criminel en état. C'est là une dérogation au droit commun de la procédure pénale. Art. 4 et 5 de la loi du 17 avril 1878.

Les motifs de cette double dérogation se résument dans la crainte que les décisions rendues par la juridiction criminelle, devant laquelle on suppose que la preuve testimoniale est toujours admissible, sans condition aucune, ne deviennent un titre de la filiation, alors que la loi civile s'est montrée justement sévère sur la nature des preuves qui peuvent être reçues en cette matière. Art. 323 à 325. Cette crainte des auteurs du Code est partie d'une appréciation inexacte des conditions de la preuve devant les tribunaux de répression. Il est, en effet, de principe, que si un fait civil doit être établi devant une juridiction répressive, comme élément d'une infraction, la preuve de ce fait doit être administrée selon les règles tracées par la loi civile.

CHAPITRE 2^e. — DE LA FILIATION ILLÉGITIME (*).

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des preuves de la filiation illégitime.

§ 1^{er}. — Des principes généraux.

§ 2^e. — De la reconnaissance volontaire.

I. — De la capacité requise de l'auteur de la reconnaissance et de l'époque où la reconnaissance peut être faite.

II. — De la forme de la reconnaissance.

(*) DORLHAC. *De la condition juridique des enfants naturels*. Paris, 1891.

III. — De la nature de la reconnaissance.

IV. — Des reconnaissances irrégulières ou mensongères.

§ 3^e. — De la preuve par témoins.

I. — Dans quels cas et sous quelles conditions l'enfant naturel peut rechercher son père et sa mère.

II. — De l'action en réclamation d'état d'enfant naturel.

III. — De la recherche de la paternité et de la maternité contre l'enfant.

§ 4^e. — Des enfants adultérins ou incestueux.

SECTION 2^e. — Des droits des enfants illégitimes.

§ 1^{er}. — Des enfants naturels.

§ 2^e. — Des enfants adultérins ou incestueux.

SECTION 3^e. — De la légitimation des enfants naturels.

§ 1^{er}. — Des enfants qui jouissent du bénéfice de la légitimation.

§ 2^e. — De la condition de la légitimation.

§ 3^e. — Des effets de la légitimation.

SECTION 1^{re}. — Des preuves de la filiation illégitime.

§ 1^{er}. — DES PRINCIPES GÉNÉRAUX.

460. Il faut se garder de confondre les dispositions relatives à la preuve de la filiation légitime avec celles qui vont nous occuper. Le législateur est sympathique à la cause des enfants légitimes; il est défavorable à celle des enfants naturels; il est absolument hostile à celle des enfants adultérins ou incestueux.

Le Code n'admet que deux modes de preuve de la filiation naturelle : 1^o la reconnaissance volontaire de l'enfant soit par le père et la mère, soit par l'un d'eux séparément; 2^o la preuve testimoniale, mais seulement contre la mère et lorsque l'enfant a déjà un commencement de preuve par écrit. La recherche de la paternité naturelle n'est permise que dans le seul cas prévu par l'art. 340.

Le Code exclut du bénéfice de la reconnaissance volontaire les enfants adultérins ou incestueux, et il prohibe la recherche de la maternité ou de la paternité lorsqu'elle doit

avoir pour résultat de constater une filiation adultérine ou incestueuse.

461. L'acte de naissance qui indique le nom de la mère, ne forme pas une preuve de la filiation naturelle. P. 1884, I, 193; 1889, I, 288. Il en est autrement lorsqu'il s'agit de la filiation légitime. Art. 319. La différence des situations a amené des règles différentes. Les motifs qu'une fille-mère a de cacher sa faute, en masquant son individualité, enlèvent aux déclarations faites par des tiers, relativement au nom de la mère de l'enfant naturel, les garanties de sincérité et d'exactitude que les mêmes déclarations présentent lorsqu'il est question d'un enfant légitime.

La possession d'état ne constitue pas non plus une preuve de la filiation naturelle, ni vis-à-vis du père, ni vis-à-vis de la mère. P. 1886, III, 312; 1888, I, 292. On explique ainsi le système du Code : " Les faits qui, d'après l'art. 321, affirment suffisamment la filiation légitime, perdent une partie de leur signification et de leur portée, dans le cas où on veut les invoquer aux fins d'établir la filiation naturelle, et l'un des faits les plus caractéristiques, d'après l'art. 321, la reconnaissance de l'état de l'enfant par la famille, manque même nécessairement, puisque l'enfant naturel n'a pas de famille, hors son père et sa mère. Peu certaine dans ses éléments constitutifs, sujette à des équivoques dangereuses, la possession d'état d'enfant illégitime n'offre pas les garanties qu'on doit exiger d'une preuve directe, complète et absolue de la filiation. » Rapport de la Commission de revision du Code civil.

§ 2^e. — DE LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE.

I. — *De la capacité requise de l'auteur de la reconnaissance et de l'époque où la reconnaissance peut être faite.*

462. La reconnaissance doit émaner du père et de la mère conjointement ou séparément, agissant en personne ou par un fondé de procuration spéciale et authentique.

La reconnaissance est un acte tout personnel, soit du père, soit de la mère. De là, il suit que chacun des auteurs de l'enfant ne peut le reconnaître que pour son propre compte, mais aussi que chacun peut toujours faire la reconnaissance sans avoir besoin de l'assentiment de l'autre.

Le Code ne fixe aucune règle particulière sur la capacité que doit avoir l'auteur de la reconnaissance. On peut conclure de son silence que la femme mariée est capable de reconnaître l'enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage. La reconnaissance d'un enfant naturel n'est, en effet, ni un contrat, ni une promesse; c'est la simple constatation d'un fait. Mais on ne peut induire du silence du titre de la filiation que le mineur et l'interdit soient capables de faire une reconnaissance d'enfant naturel. C'est que le mineur et l'interdit ne sont pas seulement incapables des actes d'acquisition, d'aliénation et d'obligation, comme la femme mariée, mais de tous les actes indistinctement de la vie civile. Art. 388, 488 et 502.

463. L'enfant peut être reconnu avant sa naissance, dès qu'il est conçu. C'est l'application de la règle générale que l'enfant conçu est censé déjà né, lorsqu'il s'agit de ses intérêts.

L'enfant peut être reconnu après son décès, sans qu'il y ait à distinguer s'il a laissé ou non des descendants légitimes. A-t-il laissé des descendants, la question est résolue par le texte de l'art. 332. N'a-t-il pas laissé de postérité, la question n'est plus résolue par un texte, mais il reste encore le principe que la reconnaissance est déclarative et non pas attributive de la filiation, et qu'il n'est dit nulle part que la reconnaissance doit être faite exclusivement dans l'intérêt de l'enfant. Si elle est sincère, on ne peut parler de spéculation de la part du père ou de la mère prétendus; si elle est fausse, tout intéressé est admis par l'art. 339 à en contester la véracité. J. Liège, 1889, p. 303.

II. — *De la forme de la reconnaissance.*

Art. 62, 334 et 336.

464. Le principe est que la reconnaissance doit être faite dans la forme authentique. Art. 62 et 334 (¹). Le législateur a eu en vue d'écarter, autant que possible, le danger des aveux de paternité ou de maternité obtenus par surprise ou concédés par légèreté, d'établir, avec certitude, la volonté de l'auteur de la reconnaissance, ainsi que la date exacte où il l'a manifestée, enfin d'assurer la conservation d'un titre aussi important.

Le Code n'exige pas que la reconnaissance soit faite par un acte authentique dressé uniquement aux fins de la constater; elle peut être faite incidemment dans un acte authentique dont l'objet principal est autre. Un contrat pécuniaire de mariage, un acte de mariage, un testament public, etc., peuvent contenir accessoirement une reconnaissance d'enfant naturel. P. 1881, I, 66. D. 1888, I, 302. Peu importe aussi que la reconnaissance résulte de termes dispositifs ou simplement énonciatifs; tout ce qui est exigé, c'est que la reconnaissance soit clairement contenue dans les énonciations de l'acte. P. 1888, III, 185. Mais il faut toujours que le fonctionnaire devant lequel l'acte est passé ait reçu de la loi compétence pour constater les consentements des parties. D. 1888, II, 93.

465. Quels sont les officiers publics qui ont qualité pour recevoir un acte de reconnaissance d'enfant naturel? Ce sont uniquement les officiers de l'état civil, en vertu de notre art. 62, et les notaires, en vertu de l'art. 1^{er} de la loi organique du notariat.

Tout officier de l'état civil a qualité pour recevoir un acte

(¹) Du principe établi par l'art. 334, il suit que la reconnaissance ne peut jamais être faite par testament olographe, ni même par testament mystique. L'acte de suscription du testament mystique est sans doute un acte authentique, mais le testament lui-même, c'est-à-dire l'écrit remis par le testateur, reste absolument un acte privé. P. 1873, I, 68.

de reconnaissance, du moment qu'il instrumente dans sa commune. La loi n'a réservé nulle part le droit de constater une déclaration de reconnaissance soit à l'officier du lieu de la naissance de l'enfant, soit à celui du domicile de l'auteur de la reconnaissance. Tout notaire a également qualité pour recevoir un acte de reconnaissance, du moment qu'il instrumente dans son ressort. Art. 5 de la loi du notariat.

L'art. 334 n'a pas voulu réserver compétence exclusive aux officiers de l'état civil, parce que la publicité des registres de l'état civil aurait pu empêcher bien des reconnaissances de se produire; il a fallu tenir compte du sentiment de fausse honte de l'auteur de l'enfant. La passation de l'acte de reconnaissance devant notaire lui permet d'échapper à l'aveu public de ses faiblesses.

Lorsque la reconnaissance est faite par acte notarié, il n'est pas besoin qu'elle soit transcrite sur les registres de l'état civil. L'art. 62 ne s'applique qu'aux actes reçus par les officiers de l'état civil.

Les divers fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire, autres que les officiers de l'état civil et les notaires, n'ont jamais qualité pour constater une reconnaissance d'enfant naturel. Aucune loi n'a compris la réception des actes de reconnaissance d'enfant naturel parmi les attributions des juges de paix, des juges et des greffiers des tribunaux, ou des fonctionnaires de l'ordre administratif. D. 1887, I, 119.

466. La jurisprudence admet une exception notable au principe que la reconnaissance volontaire est un acte solennel. D'après elle, l'art. 336 autorise le père qui reconnaît un enfant naturel à désigner la mère et décide que cette indication doit avoir effet vis-à-vis de celle-ci, chaque fois qu'elle est faite de son aveu ou qu'elle est confirmée par son aveu ⁽¹⁾. De ce premier point elle déduit, comme conséquence, que l'aveu ne doit pas être constaté par acte authen-

(1) Il est hors de doute que la mère qui reconnaît un enfant naturel ne peut jamais en désigner le père. Art. 33 et 340 chn.

tique, qu'il peut résulter d'écrits quelconques et aussi de tous faits qui auraient la portée d'une adhésion tacite. L'art. 336 dérogerait donc à l'art. 334 et n'exigerait pas, pour l'hypothèse qu'il prévoit, un acte authentique de reconnaissance de la part de la mère. P. 1889, II, 237.

III. — *De la nature de la reconnaissance.*

467. La reconnaissance n'est qu'un aveu de paternité ou de maternité; ce n'est pas un contrat entre le père ou la mère et l'enfant. La reconnaissance existe indépendamment de toute acceptation de l'enfant. Le seul droit de l'enfant est d'en contester la vérité. D. 1886, II, 165.

La reconnaissance est purement déclarative de la filiation. Elle ne crée pas l'état de l'enfant, elle ne fait que le constater dans la forme légale, c'est-à-dire le prouver. Du principe que la reconnaissance est purement déclarative, il suit que l'enfant peut s'en prévaloir pour réclamer des droits qui se sont ouverts antérieurement; il peut s'en prévaloir même en ce qui concerne la détermination de sa nationalité d'origine. P. 1880, I, 100; 1890, III, 273.

468. La reconnaissance faite *valablement* est irrévocable, en ce sens qu'elle ne peut être rétractée au gré de son auteur, alors même que l'enfant n'en aurait pas accepté le bénéfice, ou n'en aurait pas connu l'existence. Elle n'est, en effet, que l'aveu d'un fait et l'aveu par lui-même n'est pas susceptible de rétractation.

Toutefois, la reconnaissance faite par testament participe du caractère essentiellement révocable de l'acte dans lequel elle est contenue. Art. 895. P. 1891, I, 126.

469. L'acte de reconnaissance fait preuve de la paternité ou de la maternité naturelle. Il est clair qu'il ne fait pas preuve de l'identité de l'enfant reconnu. L'enfant qui réclame le bénéfice d'un acte de reconnaissance doit prouver qu'il est vraiment l'enfant dont la naissance s'y trouve avouée.

A défaut de disposition particulière dans nos textes, il

faut décider que l'identité étant un simple fait, elle peut être prouvée par témoins, sans que l'enfant doive fournir un commencement de preuve par écrit ou par faits déjà constants. D. 1891, I, 129.

IV. — *Des reconnaissances irrégulières ou mensongères.*

Art. 339.

470. La reconnaissance est inexistante pour défaut de forme, lorsqu'elle n'a pas été faite par acte authentique ou lorsque l'acte authentique est nul comme tel.

La reconnaissance sous seing privé est absolument impuissante à servir de preuve d'un droit quelconque dérivant de la filiation naturelle. Il en serait ainsi alors même qu'elle contiendrait promesse formelle de fournir des aliments à l'enfant. La promesse ne pourrait valoir ni comme donation, parce qu'elle ne serait pas revêtue de la forme authentique requise pour les donations par l'art. 931, ni comme obligation, parce qu'elle serait sans cause *juridique* selon l'art. 1131 ⁽¹⁾.

Toutefois la reconnaissance faite par la mère dans un acte privé serait valable dans l'hypothèse prévue par l'art. 336, selon l'interprétation que la jurisprudence donne à cet article. Dans tous les cas, cette reconnaissance pourrait servir de commencement de preuve par écrit à l'enfant qui rechercherait sa filiation maternelle, en vertu de l'art. 341.

471. Au point de vue de la preuve de la filiation, l'acte de reconnaissance est exactement pour l'enfant naturel ce que l'acte de naissance est pour l'enfant légitime. Il forme preuve de la filiation *ergà omnes*, mais seulement jusqu'à preuve contraire. Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère peut être contestée comme contraire à la vérité par tous ceux qui y ont intérêt.

L'art. 322 ne s'applique qu'à la matière de la filiation légitime. La possession d'état d'enfant naturel de tel homme

⁽¹⁾ Cette seconde considération est très controversée.

ou de telle femme, concourant avec une reconnaissance faite dans l'acte de naissance peut donc être combattue par la preuve contraire. D. 1886, II, 261. P. 1881, I, 147 ; 1884, II, 285.

L'art. 339 accorde le droit de contester la reconnaissance à tous ceux qui y ont intérêt, et il ne distingue pas entre ceux qui ont un intérêt purement moral et ceux qui ont un intérêt pécuniaire actuel. Les personnes auxquelles il faut reconnaître un intérêt moral à attaquer la reconnaissance sont :

1° L'enfant reconnu. On sait qu'il ne lui suffit pas de refuser la reconnaissance dont il a été l'objet.

2° L'auteur d'une autre reconnaissance au regard du même enfant, et cela alors même que les deux reconnaissances pourraient se concilier. Ainsi la femme qui s'est reconnue la mère d'un enfant naturel peut contester la reconnaissance de l'homme qui se déclare le père de cet enfant. L'application de l'art. 339 est indispensable quand un enfant naturel a été reconnu, soit successivement, soit à la même époque, par deux hommes ou par deux femmes ⁽¹⁾.

3° Les parents légitimes de la personne qui a fait la reconnaissance, et dont les droits de famille sont lésés par cette reconnaissance. D. 1886, I, 23. P. 1884, II, 285.

472. Tous les moyens de preuve sont admissibles pour établir la fausseté de la reconnaissance. L'art. 339 n'en exclut aucun. B. J., 1891, p. 597.

La reconnaissance ne peut être déclarée mensongère par cela seul qu'il est établi que celui qui l'a faite n'avait pas atteint l'âge requis pour le mariage à l'époque de la con-

(1) Il importe d'observer que l'officier public requis par un homme ou une femme de constater la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut se refuser à dresser acte de la déclaration, en invoquant la circonstance que cet enfant aurait déjà été reconnu par un autre homme ou une autre femme. Art. 35. Le Code n'adresse aux officiers publics de défense, en matière de reconnaissance d'enfant naturel, qu'en ce qui concerne la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse. VAN BERCHÈM, *Belgique judiciaire*, 1891, p. 143.

ception de l'enfant. L'art. 144 fixe seulement l'âge nécessaire pour le mariage ; notre titre VII s'est abstenu, avec raison, de déterminer l'âge où l'homme est capable d'engendrer, la femme de concevoir. P. 1888, II, 232. B. J., 1891, p. 147.

§ 3^e. — DE LA PREUVE PAR TÉMOINS.

I. — *Dans quels cas et sous quelles conditions l'enfant naturel peut rechercher son père et sa mère.*

473. Les art. 340 et 341 établissent ici une distinction capitale entre la recherche de la paternité et celle de la maternité.

A. — *De la recherche de la paternité* ⁽¹⁾.

474. Dans l'ancien droit, la recherche de la paternité était admise d'une manière absolue, sans conditions ni restrictions, et à l'aide de tous moyens, écrits de toute espèce, témoignages, présomptions humaines. La jurisprudence était même arrivée à accueillir les moyens de preuve les plus contestables, notamment la déclaration assermentée de la mère, pourvu qu'elle n'eût pas une inconduite avérée. *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo prænantem esse.*

Le droit intermédiaire opéra une réaction violente contre les abus de l'ancienne jurisprudence ; il prit le contrepied du passé en décrétant le principe que la loi n'admet pas la recherche de la paternité non avouée.

Le Code a maintenu une barrière infranchissable entre l'enfant naturel non reconnu par acte authentique et celui auquel il prétend devoir le jour. Cette barrière ne s'abaisse pas, quelque convaincantes que puissent être les circonstances, telles qu'aveux exprès par écrits sous seing privé, ou aveux tacites résultant d'une longue suite de soins

(1) Toutes les considérations qui vont suivre sont extraites du remarquable rapport de M. Van Berchem à la Commission de revision du Code civil.

donnés à l'enfant, quelque graves que soient les faits avérés qui ont précédé la grossesse : séduction par promesse de mariage, par abus d'autorité, par manœuvres dolosives, voire même un crime, si celui-ci ne peut être qualifié enlèvement. L'Etat, a dit Napoléon, n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus.

La disposition de l'art. 340 est la plus détestable du Code. Elle est injuste en principe et désastreuse dans les conséquences. Injuste : vis-à-vis de l'enfant qu'elle prive de la protection que chacun de ses auteurs lui doit, et aussi vis-à-vis de la femme sur laquelle elle fait retomber exclusivement les charges d'une faute commune. Désastreuse : l'irresponsabilité absolue accordée aux hommes de mauvaises mœurs devait avoir et a eu pour résultat d'accroître l'immoralité générale.

Ce n'était pas une raison parce que la recherche de la paternité avait donné lieu dans l'ancien droit à des abus criants pour l'interdire complètement; il aurait suffi d'exiger des garanties sérieuses de nature à prévenir le retour des dangers que l'on redoutait. Sans doute, la paternité est un fait physiologique qui ne saurait être démontré directement par des preuves sensibles. Mais pourquoi repousser absolument les preuves morales quand il s'agit d'établir la paternité naturelle, alors qu'on les admet sans aucune restriction quand il s'agit de prouver les crimes les plus graves.

475. L'art. 340 interdit la recherche de la paternité sans distinguer quelle est la nature de la preuve offerte, par qui ni contre qui la demande est intentée, dans quel but la preuve de la paternité est postulée. Il suit de là :

1° Que la preuve même par écrit privé n'est jamais recevable.

2° Que la recherche de la paternité ne peut pas plus être formée contre l'enfant, par exemple à l'effet de faire réduire les libéralités qui lui auraient été faites par son prétendu père, que par l'enfant lui-même.

3° Que dans une action en dommages-intérêts intentée par une fille séduite contre l'homme dont elle a été la victime,

on ne peut comprendre la grossesse parmi les éléments du préjudice souffert par la demanderesse, ni condamner le séducteur à servir une pension alimentaire à l'enfant dont la fille est accouchée. La jurisprudence tend ici à éluder la disposition de l'art. 340, sous prétexte d'appliquer la règle générale de l'art. 1382. J. T. 1888, p. 139. D. 1891, II, 309.

476. Exceptionnellement, la recherche de la paternité est permise en cas d'enlèvement. Art. 340, al. 2.

Il n'est pas nécessaire pour que l'art. 340 reçoive son application que l'enlèvement réunisse les conditions exigées par la loi pénale pour constituer le délit ou le crime d'enlèvement. Il faut faire complètement abstraction des définitions données par les art. 368 à 371 du Code pénal, et prendre le mot enlèvement avec la signification usuelle. Or, ce mot emporte l'idée d'un déplacement par *violence* ou par *fraude* et d'une *séquestration*, peu importe, au reste, que la femme soit majeure, mineure émancipée ou mineure ordinaire.

S'il ne faut pas entendre le mot enlèvement dans le sens restreint du droit pénal, il ne faut pas non plus l'entendre dans une acception trop générale que Littré appelle abusive. Ce n'est que l'attentat à la liberté de la femme qui autorise à penser que la femme a pu devenir enceinte des œuvres du ravisseur seul. Il suit de là que la disposition exceptionnelle de l'art. 340 ne s'applique pas au rapt par *séduction*. La femme suit volontairement son ravisseur, elle conserve sa liberté. D. 1886, II, 151. Il ne s'applique pas non plus au *viol*. C'est forcer le sens des mots que de considérer le viol comme un enlèvement momentané. P. 1886, III, 110.

Il faut, pour que l'enlèvement autorise la recherche de la paternité, qu'il corresponde à l'époque de la conception de l'enfant. S'il n'y a point de coïncidence entre l'enlèvement et la conception, il n'y a aucune probabilité que le ravisseur est le père de l'enfant mis au jour par sa victime.

La preuve de l'enlèvement rend seulement la recherche de la paternité admissible; elle ne justifie pas la demande. Il faut encore que le demandeur établisse par toute espèce de preuves morales que le ravisseur est effectivement le père

de l'enfant. Il peut arriver, en effet, que la victime de l'enlèvement se soit livrée à un autre homme à une époque voisine de la conception. Cette distinction entre l'admissibilité et le fondement de la demande est clairement exprimée par le texte: le ravisseur *pourra* être déclaré père de l'enfant.

La preuve de l'enlèvement et de la paternité peut se faire *de plano* sans commencement de preuve par écrit.

B. — *De la recherche de la maternité.*

477. Au regard de la mère, le Code consacre un principe tout différent de celui qu'il a établi pour la recherche de la paternité. La recherche de la maternité est admise, dit l'art. 341, al. 1^{er}. La grossesse et l'accouchement sont des faits extérieurs que la femme ne saurait jamais dissimuler complètement; ils sont susceptibles d'être prouvés d'une façon certaine.

L'enfant qui veut établir sa filiation maternelle doit prouver deux choses: 1^o l'accouchement de la femme qu'il dit être sa mère; 2^o son identité à lui avec l'enfant que cette femme a mis au monde.

Il est admis à faire cette preuve par témoins, mais sous la condition qu'il rende d'abord sa demande vraisemblable au moyen d'un commencement de preuve par écrit. En matière de filiation légitime, le commencement de preuve par écrit peut être remplacé par des indices graves, résultant de faits déjà constants. Le texte de notre art. 341 subordonne, au contraire, *exclusivement* au commencement de preuve par écrit l'admissibilité de la preuve testimoniale. C'est là encore une disposition malheureuse, écho de cette maxime immorale que l'Etat n'a pas d'intérêt à ce que les bâtards soient reconnus !

Il résulte de la combinaison des deux derniers alinéas de l'art. 341 que le commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable le fait même de l'identité de l'enfant, et non pas seulement le fait de l'accouchement de la mère. C'est là encore une rigueur exceptionnelle.

478. L'art. 341 ne s'explique pas sur la question de savoir si les documents invoqués comme commencement de preuve par écrit doivent émaner de la mère elle-même, d'après les exigences du droit commun en matière de preuve, art. 1347, ou s'ils peuvent, conformément à la définition plus large de l'art. 324, émaner soit de la mère, soit de toute personne engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. La jurisprudence applique la notion donnée par l'art. 324. Cette solution est équitable sans doute, mais elle n'est pas juridique. Les principes commandent d'écarter la disposition favorable de l'art. 324. P. 1886, III, 312 et 313. J. Liège, 1889, p. 232.

Les principes commandent aussi de décider que l'acte de naissance de l'enfant naturel, dressé sur la simple déclaration de la sage-femme ou des personnes déterminées par l'art. 56 et indiquant pour mère la femme dont la maternité est réclamée, ne peut servir de commencement de preuve par écrit de l'accouchement. P. 1889, III, 384.

479. Le commencement de preuve par écrit exigé par l'art. 341 doit sans doute préexister à la preuve par témoins, mais il ne doit pas préexister à l'intentement même de l'action en recherche de maternité.

Il suit de là que l'enfant qui a intenté l'action en recherche de maternité est en droit de faire interroger sur faits et articles, la personne qu'il dit être sa mère afin de puiser un commencement de preuve par écrit dans le procès-verbal même de l'interrogatoire. P. 1888, II, 172.

II. — *De l'action en réclamation d'état d'enfant naturel.*

480. Le chapitre du Code qui traite de la filiation naturelle est muet sur plusieurs points :

1° Sur la nature juridique de l'action en réclamation de l'état d'enfant naturel. Il n'y a cependant pas de difficulté sur cette question. La circonstance que les droits attribués aux enfants naturels sont moindres que ceux attribués aux enfants légitimes, ne donne pas à la réclamation de l'état

d'enfant naturel un autre caractère que celui dont est empreinte la réclamation de l'état d'enfant légitime. L'art. 328 est donc évidemment applicable à notre matière.

2° Sur la transmissibilité de l'action de l'enfant à ses successeurs universels, et sur la compétence des tribunaux de répression pour juger incidemment les questions de filiation naturelle. Il y a controverse sur ces deux questions. La solution la plus juridique est qu'il faut combler les *lacunes* de notre chapitre par les dispositions du chapitre consacré à la filiation légitime, toutes les fois que cette application analogique ne concerne pas des dispositions *de faveur* pour la légitimité. Les règles des art. 326 à 330 doivent donc être appliquées à la filiation naturelle.

481. Toute personne intéressée peut combattre par tous moyens l'action en recherche de paternité ou de maternité exercée par l'enfant. Ainsi l'homme qui aurait reconnu un enfant naturel, aurait qualité pour contester en son nom et dans son propre intérêt la réclamation que cet enfant formerait contre une femme pour la faire déclarer sa mère. Art. 339.

III. — *De la recherche de la paternité ou de la maternité contre l'enfant.*

482. On n'a parlé jusqu'ici que de la recherche exercée par l'enfant lui-même ou en son nom. Cette recherche peut-elle également avoir lieu contre lui, à l'effet d'établir un empêchement de mariage, ou de faire réduire dans les limites tracées par l'art. 908 les libéralités qui lui auraient été faites par ses auteurs ?

La raison de douter vient de ce que les alinéas 2 et 3 de l'art. 341 ne semblent autoriser la recherche de la maternité qu'en faveur de l'enfant. P. 1880, II, 327. La raison de décider vient des termes généraux et absolus des art. 340 et 341, al. 1^{er}, qui ne font aucune distinction entre la recherche dirigée contre l'enfant et la réclamation formée par lui. De plus, l'art. 340 dispose que l'action en recherche de paternité, qui est évidemment de même nature que l'action en recherche

de maternité, peut être intentée par tout intéressé. Quant à l'art. 341, s'il ne parle plus que de l'action de l'enfant, après avoir posé le principe que la recherche de la maternité est admise, c'est qu'il s'est placé dans l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente. J. T. 1890, p. 459. B. J., 1890, p. 1181. D. 1890, II, 193.

Il va sans dire que l'action dirigée contre l'enfant est soumise aux mêmes restrictions et conditions que celle qui est exercée par lui.

§ 4^r. — DES ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX.

Art. 335 et 342.

483. L'art. 335 exclut du bénéfice de la reconnaissance volontaire les enfants adultérins et les enfants incestueux, et l'art. 342 prohibe la recherche de la maternité ou de la paternité, lorsqu'elle doit avoir pour résultat de constater une filiation adultérin ou incestueuse.

Les dispositions de ces articles s'appliquent à tous les enfants incestueux sans distinction, même à ceux qui sont nés de certains parents ou alliés entre lesquels le mariage aurait pu être autorisé par le Roi.

484. Pour que la reconnaissance soit réputée non avenue en vertu de l'art. 335, il faut qu'elle révèle l'adultère ou l'inceste. Un enfant issu d'un commerce adultérin peut donc être valablement reconnu par celui de ses auteurs qui n'est pas marié. Un enfant né d'un commerce incestueux peut également être valablement reconnu par l'un de ses parents. La reconnaissance ainsi faite n'est en droit que la reconnaissance d'un enfant naturel simple.

Mais lorsque les deux auteurs de l'enfant le reconnaissent à la fois dans *un seul et même acte*, et que l'un d'eux était, à l'époque de la conception de l'enfant, engagé dans les liens du mariage, la reconnaissance est nulle pour le tout, même à l'égard de celui des père et mère qui était libre de condition. La raison en est que les deux déclarations se lient et se caractérisent réciproquement; si l'enfant est adultérin par

l'une, il ne peut pas être seulement naturel par l'autre. P. 1889, I, 288.

485. Il résulte de l'art. 342 que l'enfant dont la filiation se trouve établie à l'égard d'un de ses parents et qui veut ensuite rechercher l'autre, doit être repoussé par une fin de non-recevoir, si son action doit amener la constatation d'une filiation adultérine ou incestueuse. Ainsi l'enfant reconnu par son père ne peut pas être admis à prétendre qu'il a pour mère telle femme parente ou alliée au degré prohibé de l'auteur de la reconnaissance.

486. Il existe quelques cas où l'origine adultérine ou incestueuse se trouve indirectement établie, en dehors de toute reconnaissance volontaire et de toute recherche judiciaire. Il en est ainsi, pour l'origine adultérine dans les cas des art. 312, 313 et 325, lorsque le désaveu est admis en justice, et pour l'origine incestueuse, dans les cas des art. 161, 162 et 163, lorsque le mariage est annulé par la justice et qu'il a été contracté de mauvaise foi par les deux époux.

C'est à des hypothèses pareilles où la preuve de l'origine de l'enfant est la conséquence indirecte et forcée d'un jugement intervenu en matière de désaveu ou de nullité de mariage, que se réfèrent les dispositions légales qui, explicitement ou implicitement, s'occupent des enfants adultérins ou incestueux. Art. 161, 162, 762, 908 et 911.

SECTION 2^e. — Des droits des enfants illégitimes.

487. Dans l'ancien droit français, les enfants illégitimes étaient exclus de la succession du père et de la mère, et incapables de recevoir des libéralités de l'un ou de l'autre, sauf à titre particulier. Cette restriction n'était pas admise en faveur des enfants incestueux ou adultérins. Tous les enfants illégitimes, sans exception, pouvaient réclamer des aliments au père comme à la mère. *Qui fait l'enfant, le doit nourrir*, disait Loisel.

Sous la législation intermédiaire, tous les enfants illégitimes, sauf les enfants adultérins, obtinrent les mêmes droits que les enfants légitimes.

Le Code a adopté des règles de modération qui s'éloignent à la fois de l'ancien droit et de la législation intermédiaire.

§ 1^{er}. — DES ENFANTS NATURELS.

I. — *Du droit commun.*

488. Les effets de la filiation naturelle sont les mêmes, que la filiation se trouve établie par un acte de reconnaissance volontaire ou par un jugement rendu à la suite d'une action en recherche de la paternité ou de la maternité. Le terme *reconnu* de l'art. 338 se rapporte à la reconnaissance forcée aussi bien qu'à la reconnaissance volontaire.

L'art. 338 pose le grand principe que l'enfant naturel n'a pas de famille, en ce sens qu'il n'a pas de *droits* à exercer contre les parents de ses père et mère. La théorie du droit intermédiaire avait ébranlé le mariage en attribuant au concubinage un des effets principaux du mariage. Les rapports civils qui existent entre le père ou la mère et l'enfant naturel s'étendent d'ailleurs aux descendants légitimes de celui-ci. Art. 759. P. 1851, II, 149.

On a déjà fait remarquer que les prohibitions et incapacités légales fondées sur le fait naturel de la parenté s'appliquent, en général, aux parents illégitimes aussi bien qu'aux légitimes. Art. 161 et 162.

489. Les divers effets de la filiation naturelle sont disséminés çà et là dans les différents titres du mariage, de la puissance paternelle, des successions et des donations. Ces effets ne sont pas à beaucoup près aussi complets que ceux qui résultent de la filiation légitime, ni en ce qui concerne la personne, ni en ce qui concerne les biens.

Il y a quelques effets de la filiation naturelle que le Code a négligé de déterminer par des textes exprès :

1° L'enfant naturel prend le nom de celui de ses auteurs qui l'a reconnu ou auquel il a été déclaré appartenir, et le nom du père si la filiation est constatée à la fois à l'égard du père et de la mère.

2° Les père et mère de l'enfant naturel sont tenus de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever. C'est là l'obligation d'éducation. Arg. de l'art. 383. J. Liège, 1891, p. 223.

3° Les père et mère doivent en outre des aliments à l'enfant naturel et à ses descendants légitimes. C'est là l'obligation alimentaire. Arg. de l'art. 762, al. 2.

II. — *D'une règle exceptionnelle.*

490. L'art. 337 porte une disposition exceptionnelle. Il décide que la reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne peut nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés du mariage. En principe donc, chacun des époux conserve pendant le mariage la faculté de reconnaître les enfants naturels qu'il a eus, avant le mariage, d'un autre que de son conjoint. Mais la loi tient compte des intérêts du conjoint et des enfants nés du mariage; en cas d'incompatibilité, les intérêts de l'enfant naturel doivent céder le pas à ceux de la famille légitime.

Le second alinéa de l'art. 337 est inutile et incomplet en présence du premier; il aurait dû dire: s'il n'en reste pas d'enfant *et que le conjoint survivant n'ait pas d'intérêt contraire.*

L'enfant reconnu pendant le mariage ne peut donc pas venir à la succession de son auteur en concours avec les enfants nés du mariage, ni au préjudice de l'autre époux, lorsque celui-ci se trouve appelé en vertu de la loi ou d'un acte de libéralité, à recueillir les biens de son conjoint.

La reconnaissance faite pendant le mariage produit tous ses effets ordinaires, chaque fois que les intérêts pécuniaires du conjoint et des enfants nés du mariage ne sont pas en cause. Voici, par exemple, deux époux qui n'ont pas d'enfant de leur mariage; le mari n'a fait aucune disposition en faveur de sa femme; il reconnaît un enfant naturel qu'il a eu avant de se marier; il meurt laissant des collatéraux ou des ascendants. L'enfant naturel ne sera pas exclu de la succession de

son père, car sa présence ne peut nuire à la femme survivante, puisque celle-ci n'est appelée à recueillir aucun droit sur la succession de son mari.

On admet généralement, par argument *a fortiori* de l'art. 763, que l'enfant naturel reconnu dans l'hypothèse de l'art. 337 peut *toujours* réclamer une pension alimentaire, quoique cette pension puisse indirectement causer quelque préjudice à l'époux et aux enfants nés du mariage. D. 1887, I, 119. P. 1883, III, 73.

491. La règle de l'art. 337 ne s'applique que sous deux conditions :

1° Il faut que la reconnaissance ait été faite pendant le mariage. La reconnaissance faite après la dissolution de l'union conjugale, et aussi la reconnaissance antérieure au mariage, alors même que celui qui en est l'auteur l'aurait cachée au moment du mariage, produisent tous leurs effets ordinaires.

2° Il faut que l'enfant reconnu par l'un des époux soit issu des relations de cet époux avec un autre que son conjoint. La reconnaissance produit tous ses effets ordinaires, lorsqu'il est légalement prouvé que l'enfant reconnu par l'un des époux appartient aussi à l'autre.

492. De même que la reconnaissance volontaire, la reconnaissance judiciaire par l'un des époux pendant le mariage ne peut nuire ni à l'autre époux, ni aux enfants nés du mariage. Ce point est cependant controversé. C'est que l'art. 337 parle d'une *reconnaissance faite* pendant le mariage, expression qui semble ne faire allusion qu'à la reconnaissance déterminée par l'art. 334. Mais il faut observer que, dans le langage du Code, le jugement qui déclare une paternité ou une maternité naturelle est considéré aussi comme une reconnaissance. Arg. de l'intitulé des art. 334 à 342. Ne voit-on pas d'ailleurs que si les mêmes règles ne s'appliquaient pas à la reconnaissance forcée et à la reconnaissance volontaire, les intéressés auraient un moyen facile d'éluder la disposition de l'art. 337 ?

§ 2°. — DES ENFANTS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX.

493. En principe, l'enfant dont un jugement établit indirectement et forcément l'origine adultérine ou incestueuse n'a aucun des droits qui dérivent de la filiation. Il n'a pas le droit de prendre le nom de son père; il porte le nom de la personne qui a été désignée comme sa mère, dans l'acte de naissance. Il n'a pas de droit de succession vis-à-vis de ses père et mère. Il n'est soumis ni à la puissance paternelle ni à la tutelle légale. J. Liège, 1889, p. 140.

Par exception, le Code lui accorde le droit de réclamer des aliments à la succession de ses père et mère. Art. 762 à 764. Ces dispositions supposent le droit de réclamer directement des aliments à ses père et mère.

SECTION 3°. — De la légitimation des enfants
nés hors mariage.

494. La légitimation est une faveur de la loi dont l'effet est d'élever au rang d'enfant légitime un enfant né hors mariage.

Le Code n'admet qu'un seul mode de légitimation: le mariage subséquent des père et mère. Il n'établit la légitimation que pour engager ceux qui vivent dans le concubinage à remplacer leur vie de désordre par une union légitime.

Le mariage opère la légitimation, à quelque époque qu'il soit contracté. Le Code n'a pas reproduit la règle de l'ancien droit qui n'admettait pas la légitimation en vertu d'un mariage *in extremis*.

§ 1^{er}. — QUELS ENFANTS JOUISSENT DU BÉNÉFICE DE LA
LÉGITIMATION.

Art. 331 et 332.

495. Tous les enfants nés hors mariage jouissent du bénéfice de la légitimation, à l'exception des enfants issus d'un commerce adultérin ou incestueux. Art. 331.

On peut diviser en deux classes les personnes qui sont empêchées de se marier à cause de la parenté ou de l'alliance qui existe entre elles : les premières sont dans une impossibilité absolue de se marier; les autres peuvent faire tomber l'impossibilité en obtenant une dispense du Roi. Art. 164 et loi du 28 février 1831. On s'est demandé si les enfants *nés hors mariage* ⁽¹⁾ de relations entre personnes de la seconde classe, c'est-à-dire entre beau-frère et belle-sœur, oncle et nièce, tante et neveu, sont exceptés du bénéfice de la légitimation? L'affirmative est certaine. Aucun texte de notre matière n'a modifié la notion légale de l'inceste. Art. 331 et 335. Aucun texte n'a disposé que la dispense royale opérerait avec effet rétroactif; la dispense n'est accordée que pour le mariage et non pour le concubinage ⁽²⁾.

Cette solution présente de bien graves inconvénients, et l'on doit regretter que le législateur n'en ait pas accepté une autre. C'est la préoccupation de ces inconvénients qui a porté la jurisprudence à admettre, pour notre cas, la possibilité de légitimation. On sait que la jurisprudence, et surtout la jurisprudence française, se permet quelquefois de corriger la loi au lieu de l'appliquer! P. 1871, II, 246; 1886, III, 264.

496. La légitimation a lieu même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants légitimes, et, dans ce cas, elle profite à ces descendants. Art. 332.

La légitimation ne profite, en cas de prédécès de l'enfant naturel, qu'à ses descendants légitimes, quoique le texte de l'art. 332 ne contienne pas le mot *légitimes* après le mot *descendants*. C'est qu'il est de principe qu'il n'y a pas de rapports de famille proprement dits entre l'enfant naturel et les parents du père et de la mère de cet enfant.

(1) S'ils sont *nés pendant le mariage*, ils sont légitimes en vertu de l'art. 314.

(2) L'arrêté du Roi des Pays-Bas du 5 février 1817 n'a été porté que pour le passé. Sa légalité est d'ailleurs très contestable; la promulgation de loi fondamentale du 24 août 1815 avait enlevé au Souverain tout pouvoir législatif.

§ 2°. — DE LA CONDITION DE LA LÉGITIMATION.

Art. 331.

497. Le mariage ne légitime les enfants naturels des époux que pour autant que leur filiation ait été légalement constatée avant le mariage ou qu'elle le soit dans l'acte même de célébration du mariage.

L'art. 331 parle d'enfants que les père et mère *ont légalement reconnus ou qu'ils reconnaîtront par l'acte de mariage*. Il n'y a pas de doute que ces expressions s'appliquent aussi bien à la reconnaissance forcée qu'à la reconnaissance volontaire. Si donc un enfant avait, antérieurement au mariage de ses père et mère, fait constater judiciairement sa filiation maternelle et sa filiation paternelle selon les art. 340 et 341, le mariage de ses père et mère aurait pour conséquence nécessaire de le légitimer.

Ce qui fait exclure la légitimation des enfants naturels dont la filiation n'est légalement constatée qu'après la célébration du mariage, c'est la crainte que des époux qui n'auraient pas d'enfant de leur mariage ne pussent faire, sans l'observation des formes légales, une adoption déguisée qui produirait des effets même plus étendus qu'une adoption véritable. Combien une fraude semblable paraît être une hypothèse invraisemblable et, en tout cas, exceptionnelle ! Pour la combattre efficacement, l'art. 339 fournissait un remède suffisant en autorisant les intéressés à contester, en tout temps, la reconnaissance. Toujours ou presque toujours, c'est l'ignorance des parents qui explique l'absence de reconnaissance volontaire au moment du mariage.

498. Il n'est pas nécessaire pour que la légitimation se produise, que les père et mère aient été l'un et l'autre habiles à contracter mariage dès l'époque de la conception de l'enfant, si d'ailleurs à ce moment leur commerce n'a été entaché ni d'adultère ni d'inceste.

L'art. 331 dit que les enfants nés hors mariage pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. Cela ne veut pas dire que la légitimation dépend de la

volonté des père et mère, et qu'ils doivent l'exprimer lors de la célébration de leur mariage. Aucune déclaration de volonté n'est nécessaire : la légitimation est un des effets légaux du mariage.

§ 3°. — DES EFFETS DE LA LÉGITIMATION.

Art. 333.

499. Les enfants légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage. Mais ces droits ne leur appartiennent que du jour de la célébration du mariage. Ainsi les enfants légitimés ne peuvent avoir droit aux successions des parents de leurs père et mère, au cas d'exclusion de ces derniers, qu'à la condition que ces successions se soient ouvertes postérieurement au mariage qui a opéré la légitimation.

§ 4°. — DE LA NULLITÉ DE LA LÉGITIMATION.

500. La légitimation peut tomber soit par l'annulation du mariage des père et mère, soit par l'annulation de la reconnaissance de l'enfant. L'action en nullité du mariage est régie par les art. 180 à 193 ; elle n'appartient qu'aux personnes déterminées par ces articles. L'action en contestation de la reconnaissance est uniquement régie par l'art. 339 ; elle appartient à toute personne intéressée, même seulement au point de vue moral. D. 1887, II, 95. P. 1891, II, 325.

TITRE VIII.

De l'adoption.

501. Dans le titre VIII, le législateur rapproche deux institutions, l'adoption et la tutelle officieuse, et consacre un chapitre particulier à chacune d'elles.

L'adoption est un acte solennel qui, sans faire sortir l'adopté de la famille à laquelle il appartient par sa naissance,

crée entre lui et l'adoptant certains rapports juridiques analogues à ceux qui résultent de la filiation légitime.

Le contrat de tutelle officieuse est un contrat solennel par lequel une personne se soumet envers un mineur aux obligations ordinaires de la tutelle, et s'engage, en outre, à le nourrir, à l'élever gratuitement et à le mettre en état de gagner sa vie. La tutelle officieuse n'est qu'un moyen de préparer et de faciliter l'adoption.

502. L'adoption est conventionnelle ou testamentaire.

L'adoption conventionnelle est ainsi appelée parce qu'elle se forme par un contrat entre l'adoptant et l'adopté.

L'adoption testamentaire est celle qui se fait au profit d'un mineur par un acte revêtu des formes du testament. Elle ne peut émaner que du tuteur officieux. Art. 366.

L'adoption conventionnelle n'a guère pénétré dans nos mœurs; les statistiques rapportent que le nombre des adoptions est en moyenne de 21 par année.

On n'étudiera ni l'adoption testamentaire, ni la tutelle officieuse qui sont plus rares encore que l'adoption conventionnelle.

Sommaire.

CHAPITRE 1^{er}. — Des conditions exigées pour l'adoption conventionnelle.

SECTION 1^{re}. — Des conditions intrinsèques de l'adoption ordinaire.

§ 1^{er}. — Des conditions exigées dans le chef de l'adoptant.

§ 2^e. — Des conditions exigées dans le chef de l'adopté.

APPENDICE. — Des conditions intrinsèques de l'adoption rémunératoire.

SECTION 2^e. — Des conditions de forme.

SECTION 3^e. — Des voies de nullité contre l'adoption.

CHAPITRE 2^e. — Des effets de l'adoption.

CHAPITRE 1^{er}. — DES CONDITIONS EXIGÉES POUR L'ADOPTION CONVENTIONNELLE.

SECTION 1^{re}. — Des conditions intrinsèques de l'adoption ordinaire.

§ 1^{er}. — DES CONDITIONS EXIGÉES DANS LE CHEF DE L'ADOPTANT.

Art. 343 à 345 et 355.

503. L'adoptant doit être âgé de plus de cinquante ans sans distinction entre l'homme et la femme.

Il doit avoir au moins quinze ans de plus que la personne qu'il se propose d'adopter.

Il faut que l'adoptant n'ait à l'époque de l'adoption, ni enfant, ni descendant légitime né ou conçu.

Il faut que l'adoptant ait fourni des secours et donné des soins non interrompus à l'adopté, pendant six ans au moins et durant la minorité de ce dernier. Il n'y a pas lieu de rechercher par quels motifs les soins ont été donnés. P. 1875, II, 105.

L'adoptant, s'il est marié, doit obtenir le consentement de son conjoint. Il n'y a pas à distinguer si c'est le mari ou la femme qui se propose d'adopter. Le consentement doit être donné par acte authentique, car telle est la forme ordinaire des actes relatifs à l'état des personnes.

Il faut enfin que l'adoptant jouisse d'une bonne réputation.

504. La survenance d'un enfant légitime de l'adoptant ne porte aucune atteinte à l'adoption antérieure.

Aucun texte n'empêche la même personne d'adopter plusieurs enfants soit en même temps, soit successivement.

§ 2^e. — DES CONDITIONS EXIGÉES DANS LE CHEF DE L'ADOPTÉ.

Art. 344 et 346.

505. Il faut que l'adopté soit majeur.

Il faut que l'adopté, s'il n'a point encore vingt-cinq ans accomplis, obtienne le consentement, par un acte authen-

tique, de ses père et mère ou du survivant; et, s'il est majeur de vingt-cinq ans, qu'il requière leur conseil par un acte respectueux. Les règles de l'art. 346 ne sont donc pas absolument les mêmes qu'en matière de mariage.

Il faut enfin qu'il n'ait pas déjà été adopté par un autre, à moins que le second adoptant ne soit le conjoint du premier.

506. Aucun texte de notre matière n'exige que l'époux qui se donne en adoption obtienne le consentement de son conjoint.

C'a été une question longtemps controversée que celle de savoir si l'enfant naturel reconnu peut être adopté par son père ou par sa mère. La solution affirmative prévaut aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence par cette raison décisive qu'il est de principe, en droit moderne, que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, et qu'aucun de nos textes ne prohibe l'adoption de l'enfant naturel reconnu. L'enfant naturel change alors de qualité; il devient enfant adopté, et il ne tombe plus comme tel sous l'application de l'art. 908. J. T. 1885, p. 557.

APPENDICE. — Des conditions intrinsèques de l'adoption rémunératoire.

Art. 345 et 346.

507. Cette adoption a pour but de récompenser celui qui a exposé sa vie pour sauver celle de l'adoptant. La loi la favorise en supprimant trois des conditions ordinaires :

La condition relative à l'âge de cinquante ans.

Celle qui exige quinze ans de différence. Il suffit que l'adoptant soit plus âgé que l'adopté.

Celle qui exige des soins et des secours par l'adoptant durant six ans pendant la minorité de l'enfant.

SECTION 2^e. — Des conditions de forme.

Art. 353 à 360.

508. L'adoption est un contrat solennel.

Les solennités de ce contrat sont au nombre de trois :

1° Les consentements des contractants doivent être reçus par le juge de paix du domicile de l'adoptant. Art. 353.

2° Le contrat d'adoption doit être homologué, c'est-à-dire approuvé par le tribunal de première instance et par la cour d'appel. Art. 354 et suiv. Les magistrats ont à vérifier si toutes les conditions requises par la loi sont réunies. P. 1857, II, 97.

L'arrêt d'homologation n'est pas un acte de juridiction contentieuse, mais un acte de juridiction gracieuse ou d'administration judiciaire. Il ne peut donc être question de lui appliquer les principes des art. 96 et 97 de la Constitution.

Toute la procédure de l'instance en homologation devant le tribunal et la cour est essentiellement secrète; tout se passe en chambre du conseil, et non à l'audience. Le seul but de la loi est d'éviter que le rejet de l'adoption, s'il vient à être prononcé, ne nuise à la considération de celui qui se proposait d'adopter. Il n'y a qu'un seul cas où la publicité est prescrite : celui où l'arrêt de la cour homologue l'adoption. Art. 358. Il importe, en effet, que les rapports nouveaux que l'adoption fait naître soient portés à la connaissance des tiers.

3° Dans les trois mois de la date de l'arrêt, l'adoption doit être inscrite sur les registres de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié. Art. 359. P. 1875, II, 105 ; 1891, III, 124. Dans la pratique, les deux parties comparaissent devant l'officier de l'état civil, et celui-ci prononce l'adoption au nom de la loi, à peu près comme il fait pour la célébration d'un mariage. C'est là une formalité surabondante. Il est évident, d'après l'art. 359, qu'il suffit que la réquisition soit faite *par l'une ou l'autre des parties*, et que l'officier de l'état civil n'a pas autre chose à faire que d'inscrire l'acte d'adoption.

Le délai de trois mois pour faire inscrire l'adoption est un délai de rigueur. L'adoption reste *sans effet*, dit l'art. 359, si elle n'a pas été inscrite dans ce délai.

509. L'acte reçu par le juge de paix forme la base de l'adoption. Une fois cet acte passé, il y a contrat entre les

parties. L'une d'elles ne pourrait plus se dégager sans le consentement de l'autre. L'adoption pourra désormais se consommer malgré le décès de l'adoptant, et à plus forte raison, malgré la survenance d'une cause d'incapacité.

L'adoption ne devient parfaite que par son inscription sur les registres de l'état civil. Jusque là, elle ne produit aucun effet légal et peut être révoquée du consentement mutuel des parties. Une fois inscrite sur les registres, elle est essentiellement irrévocable et ses effets remontent au jour de l'acte passé devant le juge de paix.

SECTION 3^e. — Des voies de nullité contre l'adoption.

510. Les décisions de la justice en matière d'adoption sont des actes de juridiction purement gracieuse. Elles ne couvrent pas les vices dont le contrat peut être infecté; elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Lors donc que la cour d'appel a accordé l'homologation, l'adoption ne devient pas pour cela inattaquable; elle peut être attaquée par action principale, selon les principes généraux du droit, si, par fraude ou par erreur, on s'est écarté des conditions exigées par la loi. Les intéressés agiront ici comme dans les autres cas où il s'agit d'obtenir la nullité d'un contrat. Il peut arriver ainsi que les héritiers de l'adoptant fassent annuler, après sa mort, une adoption qui leur préjudicie.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DE L'ADOPTION.

Art. 347 à 352.

511. L'adoption est une création arbitraire du droit positif. Elle ne peut produire d'autres effets que ceux qu'il a plu au législateur de lui attribuer. Nulle part, le Code n'a posé le principe que l'adoption doit produire tous les effets de la filiation légitime; il a même pris le soin d'éviter l'emploi des mots *père adoptif* et *fils adoptif*; sauf dans un seul article, l'art. 348, il a dit toujours *l'adoptant*, *l'adopté*.

L'adopté reste dans la famille à laquelle il appartient par

sa naissance; il y conserve tous ses droits et toutes ses obligations. Art. 348 et 349. Ainsi l'adopté conserve tous ses droits de succession dans sa famille naturelle; il est tenu de fournir des aliments à ses père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin, et il a le droit réciproque de leur en demander; enfin il doit, lorsqu'il veut se marier, obtenir leur consentement ou solliciter leur conseil, selon les règles exposées au titre du mariage.

512. Les seuls effets de l'adoption sont les suivants :

1° L'adopté prend le nom de l'adoptant en l'ajoutant au sien propre. Art. 347. Il transmet son nom modifié à ses enfants nés depuis l'adoption. Mais s'il a des enfants nés antérieurement, ceux-ci conservent le nom que leur attribue leur acte de naissance. De là, une situation bizarre pour des enfants qui, nés d'un même père, portent des noms de famille différents. P. 1891, III, 24.

2° L'adoption crée certains empêchements de mariage entre l'adoptant, l'adopté et certains membres de leur famille. Art. 348. Suivant le principe posé au titre du mariage, il faut décider que ces empêchements sont purement prohibitifs. On ne peut d'ailleurs ajouter aux empêchements que l'art. 348 détermine.

3° L'adoption donne naissance à l'obligation alimentaire entre l'adoptant et l'adopté. Art. 349.

4° L'adopté acquiert sur les biens de l'adoptant les mêmes droits héréditaires qu'un enfant légitime. Art. 350. Il vient donc à la succession de l'adoptant en concours avec les enfants légitimes survenus à celui-ci postérieurement à l'adoption; il exclut les ascendants et les collatéraux de l'adoptant et il réduit ses enfants naturels à la portion fixée par l'art. 757; enfin il a un droit de *réserve légale* sur la succession de l'adoptant.

5° En principe, l'adoption ne confère aucun droit à l'adoptant sur la personne ou les biens de l'adopté. En conséquence, l'adoptant n'est jamais appelé à donner son consentement au mariage de l'adopté. Il n'est jamais appelé non plus à recueillir la succession de l'adopté; les biens que celui-ci

laisse à son décès sont dévolus par le Code comme s'il n'y avait pas eu d'adoption.

Par exception, l'adoptant est appelé à reprendre dans la succession de l'adopté, mort sans postérité légitime, les biens qu'il lui avait donnés; le même droit lui appartient vis-à-vis de la succession des descendants de l'adopté, morts eux-mêmes sans postérité. Art. 351 et 352. Ce droit de *retour* légal, qui s'exerce à *titre de succession* au profit de l'adoptant, est ce qu'on appelle une succession *anormale*, parce qu'elle s'applique non à la totalité ou à une quote-part du patrimoine du défunt, mais à certains biens déterminés dont, par exception à l'art. 732, l'origine peut être recherchée.

513. L'adopté n'acquiert aucun droit vis-à-vis des parents de l'adoptant. Les parents de l'adopté n'en acquièrent pas non plus vis-à-vis de l'adoptant.

Tout en reconnaissant comme règle générale que les parents de l'adopté demeurent étrangers à l'adoptant, la jurisprudence décide que les enfants légitimes de l'adopté deviennent civilement les petits-enfants de l'adoptant et sont, en cette qualité, appelés à sa succession et tenus envers lui de l'obligation alimentaire.

Cette solution s'appuie plus sur des considérations de sentiment que sur des arguments de droit. Il n'est pas juridique d'invoquer la formule banale *adoptio naturam imitatur* pour admettre des effets que le Code ne détermine point. Dans semblable matière, qui est une œuvre purement artificielle du législateur, il faut s'en tenir rigoureusement aux seuls résultats que nous donnent les textes. Or, aucun texte ne dispose que les enfants de l'adopté constituent pour l'adoptant une véritable descendance. Spécialement les art. 349 in fine et 350 sont tout à fait muets à cet égard, et leur silence apparaît bien significatif, quand on les rapproche de l'art. 348 qui établit les prohibitions de mariage. P. 1876, I, 19.

TITRE IX.

De la puissance paternelle.

514. L'expression *puissance paternelle* a une double acception. Dans une acception générale, elle embrasse tous les pouvoirs que la loi accorde aux ascendants sur leurs descendants. Elle comprend le pouvoir de consentir à l'option de nationalité, au mariage, au divorce, à l'adoption, à l'engagement volontaire, etc. Dans une acception spéciale et technique, elle désigne uniquement les pouvoirs que le titre IX du Code et l'art. 389 (qui a été intercalé par inadvertance dans le titre X) accordent aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs non émancipés.

La *patria potestas* du droit romain n'a point passé dans le Code. La puissance paternelle du droit moderne est organisée à l'imitation de la législation coutumière. Elle se lie à l'idée d'un devoir à remplir : assurer le bon ordre dans la famille et l'éducation des enfants. On a dit avec raison que l'autorité paternelle n'est dans la réalité qu'un moyen commandé par le droit naturel et organisé par le législateur pour permettre aux parents de remplir leur devoir d'éducation.

Avant de commencer l'exposé des préceptes juridiques, le Code a cru devoir mettre en relief le précepte moral qui domine toute la vie de l'enfant et qui doit encore être observé lorsque la puissance paternelle est venue à cesser. Ce précepte que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère, n'a pas de sanction civile.

La matière de la puissance paternelle n'est pas du domaine des conventions privées. Une convention ou disposition quelconque qui tendrait à réglementer cette autorité serait dépourvue de tout effet civil, alors même qu'elle serait faite par contrat de mariage. Art. 6 et 1388. P. 1879, I, 400.

515. La puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. Elle cesse à la majorité ou à l'émancipation.

Établie dans l'intérêt de l'enfant, elle doit cesser lorsque l'enfant est légalement réputé en état de se diriger lui-même. Art. 372, 388, 476 et 477.

La puissance paternelle appartient non seulement aux père et mère légitimes, mais aussi aux père et mère naturels. Art. 383. Seulement elle ne présente pas les mêmes prérogatives pour les uns et les autres.

Sommaire.

CHAPITRE 1^{er}. — De l'autorité des père et mère légitimes.

SECTION 1^{re}. — De l'exercice de l'autorité.

SECTION 2^e. — Des attributs de l'autorité.

§ 1^{er}. — Du droit de garde.

§ 2^e. — Du droit de correction.

§ 3^e. — Du droit de jouissance.

I. — A qui appartient l'usufruit légal.

II. — Sur quels biens il porte.

III. — Des droits de l'usufruitier.

IV. — Des charges de l'usufruit légal.

V. — De la cessation de l'usufruit légal.

§ 4^e. — Du droit d'administration.

I. — A qui appartient l'administration légale.

II. — Du principe que l'administration légale n'est pas une tutelle.

III. — Des pouvoirs de l'administrateur légal.

IV. — De ses obligations.

V. — De la cessation de l'administration légale.

CHAPITRE 2^e. — De l'autorité des père et mère naturels.

SECTION 1^{re}. — De l'exercice de l'autorité.

SECTION 2^e. — Des attributs de l'autorité.

CHAPITRE 3^e. — De la déchéance de l'autorité paternelle et de l'intervention des tribunaux dans l'exercice de cette autorité.

CHAPITRE I^{er}. — DE L'AUTORITÉ DES PÈRE ET MÈRE LÉGITIMES.

SECTION 1^{re}. — De l'exercice de l'autorité.

Art. 373.

516. Pour déterminer la personne à laquelle revient l'exercice de l'autorité paternelle, il faut distinguer trois situations différentes :

La durée du mariage sans séparation de corps.

La séparation de corps et le divorce.

La dissolution du mariage par le décès de l'un des époux.

517. Durant le mariage, la règle générale est que le père a l'exercice exclusif de l'autorité paternelle; il est le chef de la famille.

Par exception, lorsque le père ne peut exercer cette autorité par suite d'une impossibilité physique ou morale ou d'une condamnation judiciaire, l'exercice passe aux mains de la mère. Cette exception résulte de la combinaison des art. 372 et 373. Elle est consacrée par l'art. 141 pour le cas spécial de l'absence. P. 1886, III, 104.

Les règles que l'on vient d'exposer restent applicables en cas de séparation de corps et de divorce, sauf les modifications résultant des art. 302 et 303. Cette solution ne souffre point de difficulté pour le cas de séparation de corps, la séparation de corps n'opérant point la dissolution du mariage. On sait qu'elle est controversée pour le cas de divorce.

518. Dans le système du Code, la mort de l'un des père et mère donne ouverture à la tutelle, sans cependant mettre fin d'une manière complète à l'autorité paternelle. Arg. des art. 372, 380, 381 et 390. Il y a alors deux institutions qui coexistent parallèlement. Le conjoint survivant ne conserve l'autorité paternelle que sur la personne de l'enfant; c'est le tuteur qui est investi de la gestion du patrimoine du pupille. Ce système de deux pouvoirs distincts qui peuvent coexister ensemble, réunis sur la même tête ou séparés, ne présente rien de déraisonnable.

Nul mieux que le survivant des père et mère ne peut diriger l'éducation de l'enfant. Mais des conflits d'intérêts vont presque inévitablement surgir entre eux. Il importe donc de prescrire des mesures particulières de précaution au point de vue de l'administration des biens.

519. La disposition du jugement de séparation de corps ou de divorce, par laquelle le tribunal a réglementé la garde des enfants ne saurait survivre au décès de l'un des époux séparés ou divorcés. Par l'effet de ce décès, le survivant recouvre ou acquiert l'exercice de la puissance paternelle avec tous ses attributs sur la personne des enfants. D. 1891, II, 73.

SECTION 2^e. — Des attributs de l'autorité.

§ 1^{er}. — DU DROIT DE GARDE.

Art. 374.

520. Le texte de l'art. 374 n'est pas bien rédigé; les expressions qu'il emploie ne sont pas suffisamment générales. Il faut le lire ainsi: L'enfant ne peut quitter la résidence qui lui est assignée par celui de ses père et mère qui exerce l'autorité, ou, en cas de séparation de corps ou de divorce, par la personne à laquelle il a été confié.

Le droit de garde implique le pouvoir de diriger l'éducation de l'enfant, de décider du genre d'instruction qu'il recevra et de surveiller sa conduite. En principe le pouvoir du père (ou de celui qui le remplace pour l'exercice du droit de garde) est absolu; il est l'unique juge de ce que réclame l'intérêt de l'enfant. Il est donc maître de choisir le mode d'éducation qui sera donné à l'enfant et l'établissement dans lequel il sera élevé, de régler ses relations avec toutes les personnes du dehors, d'examiner sa correspondance et de l'intercepter au besoin.

521. L'art. 100 de la loi sur la milice rend à la puissance paternelle le droit que notre art. 374 lui avait enlevé. Il exige que le mineur qui prend un engagement militaire justifie préalablement du consentement de son père ou de sa

mère veuve, ou, s'il est orphelin, de son tuteur autorisé par une délibération du conseil de famille.

§ 2^r. — DU DROIT DE CORRECTION.

Art. 375 à 382.

522. Il ne s'agit pas ici du droit des parents d'infliger des châtimens domestiques. Ce droit n'a jamais été mis en doute; il découle naturellement de l'autorité; mais il faut qu'il s'exerce avec mesure. Il y a là une question de fait qui dépend des mœurs et des circonstances et qui doit être laissée à l'appréciation des tribunaux. Dans le cas où les parents abuseraient de leur autorité, ils pourraient être frappés des peines portées par le Code pénal pour coups, blessures, etc.

Il s'agit ici du droit de faire incarcérer l'enfant pour vaincre sa résistance à l'autorité paternelle. En dessous de seize ans commencés, l'enfant peut être détenu pour une durée qui ne dépasse pas un mois. Art. 376. Au-dessus de seize ans commencés, la détention peut atteindre une durée de six mois. Art. 377.

Le Code a donné au droit de correction deux organisations différentes : il a établi la détention *par voie d'autorité* et la détention *par voie de réquisition*. Dans l'une et l'autre, c'est toujours le président du tribunal de première instance qui intervient pour donner l'ordre d'arrestation. Mais lorsque la détention est demandée par voie d'autorité, le président exerce un ministère purement passif; il se borne à rendre la requête exécutoire, il n'a pas à en connaître les motifs. Au contraire, lorsque la détention est demandée par voie de réquisition, le président est appelé à examiner et à juger les motifs de la requête; il peut décider soit qu'il n'y a pas lieu à la détention, soit qu'il y a lieu à la détention demandée, soit qu'il y a lieu à une détention plus courte. L'enfant, de son côté, peut exercer un recours contre l'ordonnance du président du tribunal auprès du premier président de la cour d'appel, en s'adressant au procureur général dans la

forme tracée par l'art. 382, al. 2 ⁽¹⁾. Quant au requérant qui n'a pas obtenu l'ordonnance de détention qu'il avait demandée au président du tribunal, il n'a jamais de recours à exercer.

Ce système prête à la critique. Quand il s'agit d'un acte aussi grave qu'une détention, il serait toujours sage de faire intervenir le contrôle modérateur du pouvoir judiciaire. Il est toujours à craindre qu'un père surexcité par l'opposition qu'il rencontre chez son enfant, ne s'emporte et n'exagère la répression.

523. En règle générale, le droit de correction peut être exercé par celui des père et mère qui exerce l'autorité paternelle.

Il y a cependant une différence peu raisonnable entre le père remarié et la mère remariée. Le père remarié ne perd pas le droit de faire détenir son enfant, seulement il doit toujours suivre la voie de réquisition. La mère, au contraire, perd le droit de correction par un nouveau mariage et se trouve alors dans l'impossibilité de réprimer les fautes de son enfant avec la rigueur que commandent parfois les faits et les circonstances. Art. 380 et 381.

La séparation de corps et le divorce ne font pas cesser le droit de correction; ce droit continue d'appartenir à celui des père et mère qui exerce l'autorité. Le Code n'a pas même cru devoir exiger dans ces cas des précautions spéciales en faveur de l'enfant.

524. L'exercice du droit de correction n'est pas régi, de tous points, par les mêmes règles suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère.

Le père peut suivre la voie d'autorité, sous les conditions suivantes : 1° qu'il ne soit pas remarié; 2° que l'enfant ait moins de 16 ans commencés; 3° que l'enfant n'ait pas de

(1) La deuxième partie de l'art. 382 est mal placée. Elle semblerait au premier abord n'avoir trait qu'aux deux cas prévus dans le premier alinéa, ceux où l'enfant a des biens personnels ou exerce un état. Mais cette disposition a une portée plus générale; elle s'applique dans tous les cas où le droit de correction est exercé par voie de réquisition.

biens personnels ; 4° que l'enfant n'exerce pas un état. Art. 376, 380 et 382. Dès que le père est remarié, ou qu'il s'agit d'un enfant âgé de seize ans commencés ou ayant des biens ou exerçant un état, la détention ne peut plus être demandée que par la voie de réquisition. Art. 377 et 382.

La mère ne peut jamais exercer que la voie de réquisition, et encore lui faut-il toujours l'assentiment des deux plus proches parents paternels de l'enfant. Art. 381. On applique la disposition de l'art. 381 à tous les cas où la mère exerce le droit de correction à défaut du père, et non pas seulement au cas de prédécès du mari.

Dans les divers cas où le droit de correction doit s'exercer par la voie de réquisition, à l'égard d'un enfant âgé de moins de seize ans commencés, le requérant ne peut jamais conclure qu'à une détention de un mois au plus. Le renvoi fait par les art. 380, 381 et 382 à l'art. 377, ne concerne que la forme de procéder, et non la durée de l'emprisonnement.

525. La détention doit toujours s'opérer d'une manière secrète. L'art. 378 veut qu'il reste le moins de traces possibles d'une mesure dont le souvenir pourrait exercer une influence fâcheuse sur la carrière de l'enfant amendé. En conséquence, il ne doit y avoir ni formalités judiciaires, ni écritures ; l'ordre d'arrestation seul doit être écrit ; encore doit-il être muet sur les motifs de la détention.

Les frais de la détention de l'enfant sont à la charge de celui qui l'a requis. Art. 378, al. 2. Exceptionnellement, ils sont à la charge de l'Etat, lorsque l'indigence du requérant est dûment constatée. Art. 8 de la loi du 1^{er} juin 1849.

526. Le droit de grâce est essentiel en notre matière. Celui qui a requis la détention est toujours libre de l'abréger ; il n'a jamais besoin pour cela de l'autorisation du président du tribunal. Art. 379.

§ 3°. — DU DROIT DE JOUISSANCE.

Art. 384 à 387.

527. Dans le droit moderne, rien n'empêche l'enfant d'avoir un patrimoine qui lui soit propre ; mais ce patrimoine, d'où

qu'il lui provienne, est frappé par la loi d'un droit de jouissance au profit de celui de ses père et mère qui exerce l'autorité paternelle. La loi établit cet usufruit comme une compensation équitable et pratique des charges de l'éducation.

I. — *A qui appartient l'usufruit légal.*

528. Suivant l'art. 384, l'usufruit légal appartient au père pendant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère.

Cette formule a fait naître des difficultés; on s'est demandé si l'usufruit passe à la mère lorsqu'elle est appelée à exercer la puissance paternelle du vivant même de son mari. De même que les art. 373 et 389, l'art. 384 ne statue que *de eo quod plerumque fit*. Le système de la loi est que l'exercice de l'autorité paternelle et la jouissance des biens de l'enfant ne vont pas l'un sans l'autre. Il n'y a aucune raison pour ne pas interpréter l'art. 384 comme on a interprété l'art. 373; si, malgré la rédaction restrictive de l'art. 373, on décide unanimement que la mère peut avoir l'exercice de l'autorité paternelle même durant le mariage, la rédaction restrictive de l'art. 384 ne peut pas être un obstacle à ce que la mère obtienne la jouissance attachée à l'exercice de cette autorité. D. 1891, I, 413. Nous déciderons donc :

1° Que durant le mariage, la jouissance appartient en principe au père, mais qu'elle appartient à la mère quand celle-ci exerce l'autorité.

2° Qu'à la dissolution du mariage par le décès de l'un des époux, la jouissance passe au survivant en même temps que l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant.

529. Que décider pour le cas de séparation de corps ou de divorce?

Il n'existe aucune règle particulière pour le cas de séparation de corps. Pour le cas de divorce, l'art. 386 dispose que la jouissance légale n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé. Cette déchéance est parfaitement légitime.

II. — *Sur quels biens porte l'usufruit légal.*

530. L'art. 384 décide en principe que l'usufruit porte sur tout le patrimoine de l'enfant.

Par exception, l'usufruit ne frappe pas :

1° Les biens que l'enfant acquiert dans un état ou une profession distincte de l'état ou de la profession de ses père et mère. Art. 387.

2° Les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouissent pas. Art. 387. Pourquoi le Code déclare-t-il licite une pareille condition ? C'est qu'il pourrait arriver sans cela que des personnes animées envers l'enfant d'intentions généreuses, mais ayant contre le père ou la mère des motifs de mécontentement, aimeraient mieux ne rien donner à l'enfant que de voir ses parents profiter de leur libéralité.

Cette condition peut s'appliquer même aux biens qui composent la réserve légale de l'enfant. Ainsi une mère institue son unique enfant légataire de tous ses biens, à la condition que le père n'en aura pas la jouissance ; la condition est efficace pour la totalité du legs, et non pas seulement pour la moitié qui constitue la quotité disponible de la testatrice. Pareille condition ne fait, en effet, qu'augmenter les droits de l'héritier à réserve. On s'explique ainsi comment la disposition de l'art. 387 est d'une généralité absolue. La question est cependant controversée.

3° Les biens que l'enfant recueille de son propre chef dans une succession dont son père ou sa mère est écartée pour cause d'indignité. Art. 730.

III. — *Des droits de l'usufruitier.*

531. Ces droits sont en principe les mêmes que ceux d'un usufruitier ordinaire. Il est bien vrai que cette expression d'*usufruit* ne se trouve pas dans les textes qui forment le siège de notre matière ; on n'y rencontre que le mot de *jouissance*. Mais cette jouissance légale créée par l'art. 384

rentre parfaitement dans la définition que l'art. 570 donne de l'usufruit; de plus, l'art. 385 prend soin de dire que les premières charges de cette jouissance sont celles auxquelles sont tenus les usufruitiers; enfin, les art. 389, 601 et 730 emploient l'expression d'usufruit pour indiquer le droit qui nous occupe.

Ce n'est pas à dire que le droit de jouissance légale doive être assimilé de tous points à un usufruit ordinaire. Son caractère n'est pas exclusivement pécuniaire; il est un véritable attribut de la puissance paternelle. A ce titre, il n'est jamais saisissable, ni susceptible d'hypothèque; il n'est jamais non plus dans le domaine des conventions privées, pas même du contrat pécuniaire du mariage. Art. 1388.

Il ne faut pas conclure de ce caractère spécial du droit de jouissance que les créanciers du père usufruitier légal ne peuvent pratiquer aucune mesure d'exécution forcée sur les revenus des biens de l'enfant. Ces revenus sont à la libre disposition du père pour la portion qui excède les charges à l'acquittement desquelles ils sont affectés. Ses créanciers ont donc le droit de saisir cet excédent, en vertu du principe de l'art. 2092, que tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. P. 1888, III, 189.

IV. — *Des charges de l'usufruit légal.*

532. Les charges de l'usufruit légal sont :

1° Celles dont sont tenus les usufruitiers ordinaires, à cette différence près que l'usufruitier légal n'est pas astreint à donner caution. Art. 385, 1°, et 601.

2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune. Art. 385, 2°. Cette disposition ne fait point double emploi avec celle de l'art. 203. Il y a entre ces deux obligations des différences importantes.

D'abord, en vertu de l'art. 203, les parents ne sont tenus d'élever l'enfant que selon leur fortune à eux-mêmes. Au contraire, en vertu de l'art. 385, l'usufruitier légal est tenu d'élever l'enfant, au moins selon la fortune de celui-ci.

Ensuite, d'après les art. 203, 208 et 209, les père et mère ne sont tenus de supporter les frais d'éducation, qu'autant que l'enfant lui-même n'a pas de revenus personnels pour y satisfaire. Au contraire, en vertu de l'art. 385, l'usufruitier légal est toujours seul tenu de payer ces frais, lors même que l'enfant aurait des biens personnels qui ne seraient pas compris dans l'usufruit. L'art. 385, en effet, est absolu ; il met dans tous les cas à la charge de l'usufruitier légal tous les frais d'éducation de l'enfant, sans distinguer si cet enfant a ou n'a pas d'autres biens qui ne seraient point soumis à l'usufruit.

3° Le paiement des arrérages et intérêts arriérés des capitaux. Art. 385, 3°. Les arrérages et intérêts dont il s'agit à art. 385, 3°, ne sont pas ceux qui doivent venir à échéance u cours de l'usufruit ; ce sont les arrérages et intérêts déjà échus lors de l'ouverture de l'usufruit et non encore payés. Les arrérages et intérêts à échoir dans le cours de l'usufruit se trouvent déjà à la charge de l'usufruitier en vertu du n° 1 de notre article.

4° Le paiement des frais funéraires et des frais de dernière maladie des personnes auxquelles l'enfant a succédé. Art. 385, 4°. Il ne s'agit pas à l'art. 385, 4°, des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant lui-même, s'il vient à mourir avant l'époque normale de la cessation de l'usufruit. Les frais de dernière maladie de l'enfant sont déjà à la charge de l'usufruitier légal, en vertu du n° 2 de notre article. Quant aux frais funéraires de l'enfant, ils sont à la charge de ses successeurs universels, en vertu de l'art. 873.

V. — *De la cessation de l'usufruit légal.*

533. L'usufruit légal cesse lorsque l'enfant est émancipé ou arrive à l'âge de dix-huit ans accomplis. Art. 384. L'usufruit légal étant un attribut de la puissance paternelle aurait dû, semble-t-il, durer aussi longtemps que cette puissance même. Le Code en a décidé autrement par deux raisons : la première, afin que l'enfant soit mis à même de jouir d'un certain pécule à l'heure de sa majorité ; la seconde, afin que les

parents n'aient aucun intérêt pécuniaire à s'opposer à l'émancipation et au mariage de leurs enfants.

534. Il y a certaines causes de déchéance de l'usufruit légal :

1° Le remariage, mais seulement à l'égard de la mère. Art. 386. En législation, il n'y a aucune raison spéciale pour ne pas appliquer aux deux parents la même règle. Qu'il s'agisse du père ou de la mère, il est toujours à craindre que les revenus des enfants du premier lit ne servent à alimenter la nouvelle famille fondée par le second mariage !

Aucun texte ne dispose que l'usufruit légal qui a cessé par le convol de la mère vient à renaître lors de la dissolution du second mariage. P. 1889, II, 87. D. 1891, II, 143.

2° Le divorce, à l'égard de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Art. 386.

3° Le défaut d'inventaire, dans le cas prévu par l'art. 1442.

§ 4°. — DU DROIT D'ADMINISTRATION.

Art. 389.

535. Il est rare, en fait, que du vivant de ses père et mère, l'enfant ait un patrimoine propre; cela ne peut guère se présenter que dans le cas où des donations entre vifs ou testamentaires lui seraient faites directement, et aussi dans le cas du divorce de ses parents par consentement mutuel. Le plus souvent, l'enfant n'acquiert de biens qu'au décès de l'un de ses auteurs et alors la *tutelle* vient à s'ouvrir pour la gestion de son patrimoine. Art. 390.

Le Code ne contient qu'un seul article sur l'administration des biens personnels de l'enfant mineur dont les père et mère sont encore en vie. C'est l'art. 389 qui est placé au titre de la tutelle. Ce sujet n'appartient pas cependant à la théorie de la tutelle, car pendant la vie des père et mère, la tutelle n'existe pas encore.

L'administration légale des biens de l'enfant est un attribut de la puissance paternelle. A ce titre, elle est d'ordre public. En conséquence, il ne peut être dérogé à l'art. 389

par aucune stipulation. Art. 6. Un donateur ou testateur ne peut donc prescrire que les biens qu'il donne ou lègue à un enfant mineur seront gérés par une personne de son choix. Art. 900. P. 1879, I, 400.

I. — *A qui appartient l'administration légale.*

536. L'art. 389 se borne à déférer l'administration des biens personnels de l'enfant *au père*. Il aurait dû dire *à celui des père et mère qui exerce l'autorité*. La mère doit avoir, en effet, l'administration légale du patrimoine de l'enfant toutes les fois que du vivant du père, elle exerce l'autorité au lieu et place de celui-ci.

Quand la mère administre, à défaut du père, le patrimoine de l'enfant, elle n'est soumise, dans sa gestion, à aucune des règles des art. 215 et suiv. sur l'incapacité de la femme mariée.

537. Comment procéder, lorsque les intérêts de l'administrateur légal sont en opposition avec ceux de l'enfant, par exemple quand il est appelé à recueillir une succession concurremment avec lui? L'art. 389 ne résout pas cette question. Et cependant il est de toute évidence que le père ne peut plus représenter son enfant. Le seul texte que l'on puisse appliquer par analogie, c'est l'art. 318 du titre de la filiation. D. 1885, I, 465.

II. — *Du principe que l'administration légale n'est pas une tutelle.*

538. L'administration légale et la tutelle sont deux institutions distinctes, organisées d'une manière différente. Le système du Code se dégage parfaitement de la comparaison de l'art. 389 avec les art. 390 et suiv. Tant que le père et la mère sont vivants, les intérêts des enfants mineurs issus du mariage se trouvent garantis par la présence simultanée des deux protecteurs que la nature leur a donnés. L'administration légale est une gestion de confiance, qui ne comporte pas sans distinction toutes les mesures de précaution auxquelles la tutelle a dû être soumise. La nécessité de ces

mesures ne se fait complètement sentir que dans le cas où, par la mort du père ou de la mère, les enfants se trouvent privés de l'un de leurs défenseurs.

Les conséquences pratiques les plus notables de notre principe sont les suivantes :

Les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution établies en fait de tutelle, ne s'appliquent point à l'administration légale. Art. 442 et suiv.

L'administrateur légal n'est pas soumis à la surveillance d'un subrogé-tuteur. L'institution de la subrogée-tutelle est étrangère à l'administration légale. Art. 420 et suiv.

L'administration légale est affranchie de la dépendance du conseil de famille, en ce sens du moins que ce conseil ne peut ni réglementer cette administration, ni la retirer au père. Art. 446 à 456.

Les immeubles de l'administrateur légal ne sont pas frappés d'hypothèque légale au profit de l'enfant. Art. 2121.

Les dispositions des art. 450, al. 3, et 1596 sont inapplicables à l'administrateur légal.

Si l'administrateur légal est comptable de sa gestion, comme le dit l'art. 389, son obligation de rendre compte est uniquement régie par les dispositions du droit commun des art. 1996 et 2262, et non point par les règles particulières des art. 472, 474 et 475.

III. — *Des pouvoirs de l'administrateur légal.*

539. L'administrateur légal est un *mandataire* constitué par la loi à l'effet d'administrer les biens personnels de l'enfant.

Quels sont ses pouvoirs ? Peut-il faire seul, sous sa responsabilité, tous les actes de la vie civile au nom de l'enfant ? C'est là une des questions les plus épineuses du droit civil. On ne compte pas moins de quatre opinions principales en présence.

Les actes pécuniaires de la vie civile se divisent en deux grandes classes : les actes d'administration et les actes de disposition.

On range parmi les actes d'administration, les baux qui ne dépassent pas la durée ordinaire de neuf ans, les conventions nécessaires à l'entretien ou à l'exploitation des biens, la réception des capitaux comme des revenus, l'aliénation des récoltes et aussi des autres choses mobilières qui, d'après leur nature, sont destinées à être vendues ou se trouvent sujettes à un prompt dépérissement, l'intentement des actions possessoires et des actions mobilières, la défense contre toute demande judiciaire.

Il est sans difficulté que l'administrateur légal a le pouvoir de faire seul tous les actes d'administration.

Il peut même faire seul les actes d'administration pour lesquels il faudrait au tuteur soit l'assistance du subrogé-tuteur, soit l'autorisation du conseil de famille. L'art. 389 dit, en effet, que le père est administrateur des biens de ses enfants mineurs et il ne soumet à aucune restriction le mandat général d'administration qu'il lui confère.

Il y a quelques actes d'administration qui font l'objet de dispositions particulières. Ce sont l'acceptation des successions, les partages définitifs de meubles ou d'immeubles, l'acceptation des donations. Art. 776, al. 2, 838 et 935.

540. Mais quid des actes de disposition ? Faut-il conclure du silence de l'art. 389 qu'il est impossible d'accomplir aucun acte de disposition pour le compte d'un enfant soumis à l'administration légale, quelque intérêt que cet enfant puisse y avoir ? Ce serait une protection très peu intelligente que celle qui, dans l'intérêt de l'enfant, défendrait d'une manière absolue tout acte de disposition. Il en résulterait que ses biens seraient placés hors du commerce. On ne doit pas penser que la loi se soit montrée imprévoyante à ce point. Les pouvoirs de l'administrateur légal ne peuvent pas être moins étendus que ceux du tuteur, bien au contraire. Si des actes de disposition sont permis au tuteur, soit purement et simplement, soit avec des conditions et des formalités spéciales, ils doivent l'être à plus forte raison au père, de la même manière.

C'est en se fondant sur cet argument *a fortiori* que

Demolombe applique à l'administrateur légal les différentes règles de la tutelle relatives à la *capacité* du tuteur. Ainsi, le père administrateur est capable de faire seul, et sans formalités particulières, les actes de disposition que le tuteur est autorisé à passer de la sorte. Ainsi encore, le père administrateur peut faire avec les conditions et les formalités auxquelles le tuteur est assujéti, les divers actes de disposition dont il est question aux art. 457 et suiv., notamment les ventes immobilières, les constitutions d'hypothèques, les répudiations de succession, les emprunts, les transactions, l'introduction en justice d'actions immobilières. P. 1883, II, 255.

Lorsqu'on applique les règles des art. 457 et suiv. à l'administration légale, il faut les lui appliquer entièrement, même dans celles de leurs dispositions qui exigent l'autorisation du conseil de famille. Sans doute, l'administration légale est affranchie de la surveillance générale et permanente du conseil de famille, mais ce n'est point soumettre le père à un pareil contrôle que de lui imposer la nécessité d'obtenir l'autorisation de ce conseil pour la passation des actes que sa qualité d'administrateur ne lui donne pas le pouvoir de faire seul. L'institution de la subrogée-tutelle est absolument spéciale à la tutelle; il ne saurait y avoir de subrogé-tuteur là où il n'y a point de tuteur. Il n'en est pas de même du conseil de famille; on conçoit très bien l'intervention du conseil de famille en dehors de la tutelle. N'a-t-on pas vu le Code recourir à l'avis de la famille dans le titre du divorce ?

La jurisprudence a organisé le principe que les règles de la tutelle relatives à la *capacité* du tuteur sont applicables à l'administration légale, en n'exigeant jamais l'intervention du conseil de famille. D'après elle, l'administrateur légal peut poser seul, sans être astreint à aucune autorisation, deux catégories d'actes de disposition : les actes que le tuteur peut accomplir seul et les actes pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille. Quant aux actes pour lesquels le Code exige, relativement au tuteur, une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal,

l'administrateur légal pourrait les accomplir avec la seule autorisation du tribunal. P. 1889, II, 189; 1890, II, 408. D. 1891, II, 335.

IV. — *Des obligations de l'administrateur légal.*

541. Selon les règles du droit commun, l'administrateur légal doit administrer en bon père de famille, et il répond des suites dommageables de sa gestion. La disposition de l'al. 2 de l'art. 450 ne présente aucun caractère propre à la tutelle. Arg. des art. 1428, al. 4, 1562, al. 2, et 1992.

Selon le droit commun aussi, il est tenu de faire dresser inventaire de tout patrimoine qui échoit à l'enfant. L'inventaire est, en effet, la base nécessaire du compte qu'il devra rendre un jour. Art. 398, al. 2. L'obligation de faire inventaire établie par l'art. 451, al. 1, n'est pas particulière au tuteur; elle est, en général, imposée à tous les administrateurs des biens d'autrui. Arg. des art. 126, 600, 1414, 1442 et 1504.

Quelle sera la sanction de l'obligation de faire inventaire? Elle consistera dans le droit pour l'enfant de recourir à la preuve par commune renommée, à l'effet d'établir la consistance des biens non inventoriés. La preuve par commune renommée est de droit commun, toutes les fois qu'il s'agit d'établir la consistance d'un mobilier non inventorié, contre celui qui était chargé d'en faire dresser l'inventaire. Arg. des art. 1415, 1442 et 1504.

542. Quant aux obligations spéciales qui sont imposées au tuteur en cette qualité, le père administrateur en est affranchi.

V. — *De la cessation de l'administration légale.*

543. L'administration légale étant un attribut de la puissance paternelle, prend fin lorsque la puissance paternelle vient elle-même à cesser. Elle prend fin aussi lorsque l'un des père et mère vient à mourir; le survivant conserve la puissance paternelle, mais il perd l'administration légale

des biens de ses enfants. Ce n'est plus qu'en qualité d'usufruitier légal ou de tuteur qu'il peut désormais les posséder ou les administrer.

CHAPITRE II. — DE L'AUTORITÉ DES PÈRE ET MÈRE NATURELS.

SECTION 1^{re}. — De l'exercice de l'autorité.

544. Il est manifeste qu'au point de vue du législateur, les enfants naturels ne peuvent être sous puissance paternelle que si leur filiation est légalement constatée par une reconnaissance volontaire ou forcée (1).

Lorsque l'enfant n'a été reconnu que par son père ou par sa mère, la puissance paternelle appartient exclusivement à celui qui a fait la reconnaissance. Lorsqu'il a été reconnu par ses deux auteurs, cette puissance est commune à l'un et à l'autre, mais c'est le père seul qui l'exerce. Le Code ne le dit pas expressément, mais l'ensemble de la législation témoigne manifestement de la prééminence du père naturel sur la mère. L'exercice de l'autorité n'est dévolu à la mère qu'à défaut du père. P. 1890, III, 127.

SECTION 2^e. — Des attributs de l'autorité.

Art. 383.

545. Le Code ne consacre qu'un seul texte à la puissance des père et mère naturels. L'art. 383 ne leur accorde que le droit de correction. Mais ce droit suppose nécessairement celui de garde.

Les père et mère naturels n'ont ni le droit de jouissance, ni le droit d'administration des biens personnels de l'enfant. Aucun texte ne leur accorde ces deux droits, et les art. 384,

(1) On sait que les enfants adultérins ou incestueux ne sont pas soumis à la puissance de celui de leurs auteurs à l'égard duquel leur origine est indirectement constatée.

386 et 389 les leur refusent implicitement par leurs termes qui supposent le mariage des parents. La gestion du patrimoine de l'enfant naturel est toujours soumise aux dispositions de la tutelle. B. J. 1889, p. 974.

546. Le Code n'organise pas le droit de correction des père et mère naturels comme celui des père et mère légitimes. Les père et mère naturels ne sont pas soumis à l'application des art. 380, 381 et 382. Ils se trouvent ainsi avoir sur la personne de leurs enfants des droits plus étendus que ceux qui appartiennent aux parents légitimes. Cette solution est regrettable sans doute, mais elle est commandée par le texte formel de l'art. 383.

CHAPITRE III. — DE LA DÉCHÉANCE DE L'AUTORITÉ PATERNELLE ET DE L'INTERVENTION DES TRIBUNAUX DANS L'EXERCICE DE CETTE AUTORITÉ.

547. Le Code civil n'admet aucune cause de déchéance de la puissance paternelle. Il dispose autrement quant à la puissance tutélaire; il consacre deux articles à déterminer les causes de déchéance de la tutelle. Art. 443 et 444.

Quelques dispositions spéciales diminuent la lacune de notre Code. Aux termes des art. 378, al. 2, et 382, al. 2, du Code pénal, si l'attentat à la pudeur, le viol ou l'attentat aux mœurs a été commis par le père ou la mère, le coupable sera privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant par le Code civil au titre de la puissance paternelle. L'art. 4 de la loi du 28 mai 1888, sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, dispose que les parents condamnés pour avoir fait exécuter par leur enfant des exercices dangereux ou inhumains ou pour l'avoir livré ou abandonné à des acrobates, saltimbanques, charlatans, etc., ou à des embaucheurs, *pourront être* privés des droits et avantages que leur accorde, sur la personne et sur les biens de l'enfant, le Code civil, au titre de la puissance paternelle.

Ces dispositions sont très imparfaites. Elles ne concernent que la puissance paternelle dans le sens étroit de cette expression, et elles n'établissent la déchéance qu'à l'égard du seul enfant qui a été victime du délit. Le coupable conserve la puissance paternelle sur ses autres enfants; il reste investi, même à l'égard de sa victime, du pouvoir de consentir à l'option de nationalité, au mariage, à l'adoption, à l'émancipation et à l'engagement volontaire.

Il va sans difficulté que la déchéance dont il est question dans ces lois pénales entraîne la perte du droit d'administration légale, comme des droits de garde, de correction et de jouissance légale. On sait, en effet, que l'art. 389 n'est qu'une conséquence de l'art. 372.

Lorsque l'un des père et mère est destitué de la puissance paternelle, l'enfant est réputé orphelin; il doit donc être mis sous tutelle.

548. Si les tribunaux ne peuvent appliquer à la puissance paternelle les causes de déchéance admises par les art. 443 et 444 en matière de tutelle, il ne suit pas du tout de là qu'ils n'aient point le pouvoir d'intervenir pour protéger l'enfant contre les abus de la puissance paternelle et en empêcher les excès.

Dans le droit moderne, la puissance paternelle n'est plus une autorité despotique, mais un pouvoir de protection; établie et organisée dans l'intérêt de l'enfant, elle ne peut pas se retourner contre lui. Elle ne donne de droits que par corrélation aux devoirs qu'elle impose et comme moyen d'en procurer l'accomplissement. — Les art. 302 et 303 expriment parfaitement dans un cas particulier le système du Code sur la nature de l'autorité paternelle. Ne serait-il pas étrange que les tribunaux ne pourraient accorder de protection aux enfants qu'à la condition expresse que leurs parents seraient divorcés ?

Il faut donc reconnaître aux tribunaux le pouvoir de modifier l'exercice de l'autorité paternelle, toutes les fois que matériellement ou moralement les intérêts de l'enfant leur semblent en péril. Le seul pouvoir qui ne leur appartienne

pas, c'est de priver les père et mère des attributs de la puissance paternelle, par une mesure *générale et définitive*. Leurs décisions en cette matière sont toujours essentiellement provisoires.

C'est par application de ces principes :

1° Que les tribunaux réglementent les relations de l'enfant avec ses aïeux lorsque le père veut les interdire arbitrairement. D. 1890, II, 25.

2° Qu'ils privent du droit de garde et de correction les père et mère qui compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant, et qu'ils confient l'éducation de l'enfant à une tierce personne. P. 1889, II, 417 ; 1891, III, 247.

3° Qu'ils retirent au père l'administration légale lorsqu'il compromet les intérêts de l'enfant par son incapacité ou son infidélité, et confient cette administration à la mère ou à une tierce personne. P. 1888, II, 294.

Dans la théorie que l'on vient de présenter, il n'existe aucune difficulté à déterminer les personnes qui ont qualité pour provoquer des mesures judiciaires en faveur de l'enfant. Les art. 302 et 303 ne sont que l'application à un cas particulier de la pratique qui était admise dans l'ancien droit. Rien de plus juridique que de s'en référer, dans le silence du Code, à la pratique de l'ancienne jurisprudence.

TITRE X.

De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

549. Les personnes, au point de vue de la capacité, se divisent en deux classes : les mineurs et les majeurs. Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de vingt et un ans accomplis. Art. 388.

Le délai de la majorité se calcule par heures et non par jours. Le point de départ du délai est l'heure de la naissance. Art. 57. Ce mode de calcul était donné par le droit romain, et il convient parfaitement à une décision de la loi basée sur un développement physiologique.

550. Le mineur est frappé d'une incapacité générale, à raison de la faiblesse de son intelligence. Le majeur, au contraire, est capable en principe de tous les actes de la vie civile. Art. 488.

Le principe que le mineur est incapable souffre exception :

1° A l'égard des actes de pure administration, lorsqu'il est émancipé. Art. 481.

2° A l'égard du testament, lorsqu'il a seize ans accomplis. Art. 904.

3° A l'égard des engagements qui concernent sa profession, lorsqu'il est artisan. Art. 1308.

4° A l'égard des actes purement conservatoires. Arg. des anciens art. 2139 et 2194.

5° A l'égard de l'engagement dans une société de secours mutuels reconnue. Art. 4 de la loi du 3 avril 1851.

C'est une question controversée que celle de savoir si l'incapacité du mineur subsiste lorsqu'il est actionné en dommages-intérêts devant un tribunal de répression. P. 1877, II, 243.

551. Les mineurs étant incapables, il a fallu organiser en leur faveur un pouvoir protecteur. A ce point de vue, la loi distingue deux classes de mineurs : les mineurs non émancipés ou mineurs ordinaires et les mineurs émancipés.

Les mineurs non émancipés sont tantôt sous puissance paternelle, tantôt sous puissance paternelle et sous tutelle à la fois, tantôt enfin uniquement sous tutelle.

L'enfant légitime reste soumis exclusivement à la puissance paternelle aussi longtemps qu'il a encore ses père et mère. L'état de tutelle ne commence que quand l'enfant perd son père ou sa mère, et cependant la puissance paternelle subsiste encore au profit du survivant; la tutelle ne remplace alors que l'administration légale du patrimoine de l'enfant. C'est seulement à la mort du survivant des père et mère que la puissance paternelle s'éteint d'une manière absolue et que la tutelle s'applique à tous les intérêts de l'enfant.

L'enfant naturel reconnu est toujours sous puissance paternelle et sous tutelle à la fois. En fait cependant la mise

de cet enfant sous tutelle n'est pratiquée que lorsqu'il acquiert des biens personnels.

Les mineurs émancipés sont toujours uniquement sous curatelle.

552. En principe, l'incapacité du mineur ordinaire consiste en ce qu'il ne peut agir lui-même; les actes qui le concernent doivent être accomplis en son nom par le représentant que la loi lui donne. Art. 390 et 450.

Le principe que c'est l'administrateur légal ou le tuteur qui agit pour le mineur, comme un représentant agit au nom et pour le compte de son mandant, souffre exception :

1° A l'égard de l'option de patrie. Loi du 16 juillet 1889.

2° A l'égard du mariage. Art. 75.

3° A l'égard du contrat pécuniaire de mariage et des donations par contrat de mariage. Art. 1398.

Pour ces actes, l'incapacité du mineur est transformée; l'administrateur légal ou le tuteur n'a pas à intervenir, le mineur agit lui-même, mais il doit être autorisé ou assisté de certaines personnes déterminées par la loi.

553. Le mineur émancipé intervient lui-même dans tous les actes de la vie civile. Son incapacité consiste en ce qu'il doit se faire habilitier conformément aux prescriptions de la loi.

PREMIÈRE PARTIE DU TITRE X.

Des mineurs sous tutelle.

554. La tutelle (de *tueri*) est une charge confiée par le législateur. En droit romain, le tuteur était placé à côté du mineur pour l'assister, et non pour le représenter; en droit moderne, le tuteur est le *représentant* légal du pupille; il agit au nom de ce dernier, en vertu du mandat légal dont il est investi.

Dans certains cas, la loi désigne elle-même le tuteur; on dit alors que la tutelle est *légale* ou *légitime*. Dans d'autres cas, elle en confère la nomination à certaines personnes, au

père ou à la mère survivant ou au conseil de famille; on dit alors que la tutelle est *dative*.

Cette charge est personnelle à celui qui en est investi; elle ne passe pas à ses héritiers. Art. 419. P. 1891, II, 377.

Elle est gratuite, toute dans l'intérêt du pupille. Le tuteur ne peut réclamer que ses déboursés; il n'a droit à aucune rémunération. Art. 1986.

Elle est une charge publique, non pas sans doute qu'il faille voir dans la tutelle une fonction publique, mais en ce sens qu'elle est obligatoire pour celui à qui elle est déférée, sauf les cas d'excuse établis par la loi. Art. 1370.

555. La loi n'a pas accordé au tuteur un pouvoir absolu. Elle l'a soumis à une surveillance permanente, celle du subrogé-tuteur, au contrôle et, dans certains cas, à l'autorité de la famille représentée par le conseil de famille. Elle a aussi exigé quelquefois l'intervention de la justice.

La matière de la tutelle est d'ordre public. P. 1891, II, 380. Il suit de là notamment que le tuteur ne saurait être valablement dispensé de l'accomplissement des diverses formalités que la loi lui impose.

556. La matière de la tutelle sera divisée en trois chapitres. Le premier sera consacré à l'organisation de la tutelle, le deuxième à la gestion du tuteur, le troisième à la cessation de la tutelle.

CHAPITRE 1^{er}. — DE L'ORGANISATION DE LA TUTELLE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Des rouages de la tutelle.

§ 1^{er}. — De la tutelle de l'enfant légitime.

Art. 1^{er}. — Du tuteur.

I. — De la tutelle légale du survivant des père et mère.

II. — De la tutelle testamentaire.

III. — De la tutelle légale des ascendants.

IV. — De la tutelle dative.

Art. 2^e. — Du conseil de famille.

I. — Du siège du conseil de famille.

II. — De sa composition.

III. — De sa convocation et de sa réunion.

IV. — De ses délibérations et de leur validité.

V. — Du recours à la justice contre les délibérations du conseil de famille.

Art. 3^e. — Du subrogé-tuteur.

§ 2^e. — De la tutelle de l'enfant illégitime.

SECTION 2^e. — Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, applicables au tuteur, au subrogé-tuteur et aux membres du conseil de famille.

§ 1^{er}. — Des causes d'excuse.

§ 2^e. — Des causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution.

I. — En ce qui concerne le tuteur et le subrogé-tuteur.

II. — En ce qui concerne les membres du conseil de famille.

SECTION 1^{re}. — Des rouages de la tutelle.

§ 1^{er}. — DE LA TUTELLE DE L'ENFANT LÉGITIME.

ART. 1^{er}. — DU TUTEUR.

557. Le tuteur est désigné directement par la loi elle-même, soit par certaines personnes auxquelles la loi confère le soin de le nommer.

Il y a deux tutelles légales : la tutelle légale du survivant des père et mère, et la tutelle légale des ascendants.

Il y a deux tutelles datives : la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère, on l'appelle habituellement tutelle testamentaire, et la tutelle déférée par le conseil de famille, à laquelle on réserve ordinairement le nom de tutelle dative.

Le Code traite des différentes espèces de tutelle d'après l'ordre graduel dans lequel elles peuvent se présenter ; 1^o la tutelle légale du survivant des père et mère ; 2^o la tutelle

déférée par le dernier mourant des père et mère; 3° la tutelle légale des ascendants; 4° la tutelle déferée par le conseil de famille.

558. Quel que soit le nombre des mineurs, il ne peut y avoir qu'un seul tuteur. Toutes les dispositions du Code supposent qu'une direction unique préside au gouvernement des affaires d'une seule et même tutelle. P. 1887, II, 221.

En cas d'opposition d'intérêts entre plusieurs mineurs soumis à la même tutelle, il est nommé à chacun d'eux par le conseil de famille un tuteur spécial. Arg. de l'art. 838.

I. — *De la tutelle légale du survivant des père et mère.*

559. La mort de l'un des époux a pour effet d'investir immédiatement de la tutelle le conjoint survivant. L'administration légale cesse et la tutelle commence. Art. 389 et 390. Ce n'est qu'au regard de la gestion du patrimoine de l'enfant que la tutelle commence; l'époux survivant conserve les autres attributs de la puissance paternelle. Ces deux autorités sont si distinctes que l'époux survivant peut perdre la tutelle et conserver néanmoins le droit de garde, le droit de correction et la jouissance légale.

Il n'y a pas à distinguer si le conjoint survivant est majeur ou mineur. Art. 442, 1.

560. Il existe quatre différences entre la tutelle de la mère survivante et celle du père survivant. Ces différences s'appliquent à l'étendue des pouvoirs, à l'époque où la tutelle est déferée, aux causes qui peuvent en dispenser, et à l'influence qu'un second mariage exerce sur la tutelle.

A. — *De la différence quant à l'étendue des pouvoirs.*

Art. 391 et 392.

561. La mère ne peut jamais, en prévision de son prédécès, modifier les pouvoirs qui appartiendront au père en qualité de tuteur; celui-ci aura toujours les pouvoirs d'un tuteur

ordinaire. Le père, au contraire, peut désigner à sa femme un *conseil* spécial à l'avis duquel elle devra se conformer, en ce qui concerne la gestion des biens de l'enfant.

Ce n'est que pour les actes relatifs à la tutelle que le père peut nommer un conseil spécial à la mère survivante ; il ne peut pas gêner en quoi que ce soit l'exercice de la puissance paternelle, qui doit revenir à sa femme, quand il ne sera plus.

L'art. 392 détermine en quelles formes la nomination de conseil peut être faite. La nomination qui serait faite en dehors des formes légales ne serait pas valable.

Le conseil de tutelle n'est pas un cotuteur, mais un mandataire ordinaire. Sa charge est purement volontaire ; aucun texte de loi ne l'oblige à l'accepter. Lorsque le conseil refuse la mission qui lui est offerte, ou se trouve dans l'impossibilité de la remplir, ni le conseil de famille, ni le tribunal ne sont autorisés à lui donner un remplaçant. La mère tutrice se trouve alors dans la même situation que s'il ne lui avait pas été nommé de conseil de tutelle.

562. L'étendue de la mission du conseil dépend de l'acte de sa nomination. Deux cas peuvent se présenter : ou bien le père a spécifié les actes pour lesquels l'assistance du conseil serait nécessaire, ou bien il a nommé le conseil, sans limiter son intervention à quelques actes de gestion.

Il résulte de la formule de l'art. 391, al. 2, que lorsque le conseil a été nommé en vue d'actes déterminés, la mère jouit de son indépendance pour tous les autres, mais que pour les actes désignés, elle ne peut les faire valablement qu'avec l'assistance du conseil.

Lorsque le conseil a été nommé sans limitation aucune, l'art. 391, al. 1^{er}, dit que la tutrice ne peut faire aucun acte relatif à la tutelle *sans l'avis* du conseil. Cette expression ne signifie pas qu'il suffit à la mère de demander l'avis du conseil, sauf à ne pas le suivre. Le second alinéa prouve par le mot *assistance* qu'il emploie que l'avis dont parle le premier doit être un avis conforme.

563. La mère à laquelle le conseil refuse l'assistance qui lui

est nécessaire, n'a aucune voie de recours contre ce refus, ni devant le conseil de famille, ni devant le tribunal.

B. — *De la différence relative à l'époque où la tutelle est déferée.*

Art. 393.

564. La mort de la mère ouvre toujours immédiatement la tutelle du père. Au contraire, il est un cas particulier où la mort du père n'ouvre pas immédiatement la tutelle de la mère: c'est celui où la mère se déclare enceinte; jusqu'à la naissance de l'enfant, il n'y a lieu qu'à la nomination d'un *curateur au ventre* par le conseil de famille.

Cette curatelle a un double but: surveiller la femme pour empêcher soit une supposition, soit une substitution, soit une suppression d'enfant; administrer jusqu'au jour de l'accouchement les biens que l'enfant conçu est appelé à recueillir dans la succession de son père. Cette administration n'est pas une administration ordinaire, elle est essentiellement provisoire; aussi le curateur ne peut-il faire que des actes purement conservatoires ou qui présentent un caractère d'urgence.

Pour le compte de qui le curateur au ventre administre-t-il pendant la grossesse? On l'ignore quant à présent; c'est l'événement de la naissance qui le décidera. Si l'enfant naît viable, c'est pour son compte que le curateur aura administré; dans le cas contraire, c'est pour le compte des héritiers du mari.

A la naissance de l'enfant, la mère en devient tutrice, et le curateur en est, de plein droit, le subrogé-tuteur. Cette disposition de l'art. 393, al. 2, doit être combinée avec les règles portées par l'art. 423.

C. — *De la différence relative aux causes de dispense de la tutelle.*

Art. 394.

565. Le père survivant doit toujours accepter la tutelle, à moins qu'il ne se trouve dans un des cas d'excuse admis par

la loi. La mère, au contraire, n'est tutrice qu'autant qu'elle le veut bien. Elle peut, si elle ne se croit pas en état de remplir convenablement cette fonction, la refuser sans avoir à faire connaître les motifs de sa détermination. La loi lui impose seulement l'obligation de faire convoquer le conseil de famille pour nommer un autre tuteur à sa place, et de remplir jusqu'à cette nomination les devoirs de la tutelle.

D. — *De la différence quant à l'influence d'un second mariage.*

Art. 395 et 396.

566. Le père qui se remarie conserve sans modification aucune la tutelle des enfants issus de son premier lit. Au contraire, le convol de la mère a pour conséquence de lui faire perdre la tutelle de ses enfants, si cette fonction ne lui est pas conservée par le conseil de famille ; celui-ci ne peut d'ailleurs la lui maintenir qu'à la condition de lui adjoindre son mari comme co-tuteur. Le législateur a pensé qu'à la différence du père remarié, qui conserve sa pleine liberté d'action, la mère remariée tombe sous la dépendance de son nouveau mari et que, de fait, ce sera toujours celui-ci qui aura la haute main dans la direction de la personne et de la fortune des enfants du premier lit. Il importe que le conseil de famille examine si le nouveau mari est digne de s'associer à la gestion de la tutelle. De là, l'obligation que l'art. 395, al. 1^{er}, impose à la mère de faire convoquer le conseil avant la célébration du mariage.

567. L'art. 395, al. 2, prévoit l'hypothèse où la mère se remarie avant que le conseil de famille ait décidé que la tutelle doit lui être conservée. B. J. 1889, p. 1579. Il dispose que la mère perd la tutelle de plein droit, et que son nouveau mari sera solidairement responsable, depuis le mariage, de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée.

La déchéance étant encourue de plein droit et le mineur se trouvant ainsi sans représentant légal, il convient que le conseil de famille se réunisse au plus tôt, afin de pourvoir au

remplacement de la mère. Mais rien n'empêche le conseil de rendre la tutelle à la mère, en lui donnant le nouveau mari pour co-tuteur. L'art. 445 dispose, il est vrai, que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut plus être membre d'un conseil de famille, ce qui emporte à *fortiori* l'incapacité d'être tuteur ; mais la mère qui se remarie, sans s'être fait maintenir dans la tutelle, n'est pas destituée au sens propre du mot ; elle est simplement déchuë de sa qualité de tutrice légale.

Il se peut que, après la déchéance de la mère comme tutrice, à la suite de son remariage, il ne soit pas immédiatement pourvu à son remplacement. L'administration des biens est ou complètement abandonnée, ou illégalement exercée par la mère déchuë. Celle-ci sera tenue envers son enfant des conséquences préjudiciables qui peuvent résulter de cette situation irrégulière. Elle répond de sa gestion indue, comme de l'absence de toute gestion. La mère n'est pas seule obligée, son mari l'est avec elle, et solidairement ; il répond de ce que sa femme a fait comme de ce qu'elle n'a pas fait, depuis le jour de la déchéance.

Le nouveau mari n'est pas également responsable des suites de la gestion antérieure au mariage. La disposition de l'article 395, al. 2, que le mari est responsable de *toutes* les suites de la tutelle, signifie uniquement que le mari répond non seulement de la *mauvaise* gestion, mais encore du *défaut* de gestion postérieur au mariage.

568. L'art. 396 prévoit l'hypothèse où le conseil de famille décide, avant le remariage de la mère, que la tutelle doit lui être conservée. Il dispose que le conseil ne peut maintenir la mère dans la tutelle, qu'en lui adjoignant le nouveau mari en qualité de co-tuteur.

La tutelle est donc alors attribuée à deux personnes simultanément ; le second mari est tuteur comme la mère et avec elle. Il suit de là :

1° Que les actes de la tutelle, pour être valables à l'égard du mineur, doivent être passés concurremment par la mère et par le second mari. P. 1888, III, 194.

2° Que le titre de co-tuteur entraîne pour le mari, en ce qui concerne la gestion postérieure au mariage, les mêmes conséquences légales que le titre de tuteur : obligation de rendre compte, responsabilité de la gestion et garantie de l'hypothèque légale. D. 1887, I, 171. L'art. 396 prévient toute difficulté en disposant que la responsabilité du mari est solidaire.

3° Que tout événement qui met fin à la tutelle de la mère, met fin aussi à la cotutelle de son nouveau mari.

4° Que tout événement qui met fin à la cotutelle du mari, met fin aussi à la tutelle de la mère, celle-ci ne pouvant être tutrice qu'autant que son mari est cotuteur. Il faut excepter toutefois le cas de décès du mari, car alors le motif sur lequel l'art. 396 est fondé n'existe plus; le décès du mari, loin de produire l'extinction de la tutelle de la mère, lui rend au contraire son indépendance primitive.

II. — *De la tutelle testamentaire.*

Art. 397 à 401.

569. Le système du Code est que le survivant des père et mère a la faculté de désigner, par un acte solennel, la personne qui devra, *après son décès*, lui *succéder* dans la tutelle.

Le survivant de père et mère ne peut choisir un tuteur à ses enfants que pour après son décès. Cette décision résulte du texte même de l'art. 397.

Le survivant ne peut choisir un tuteur que pour lui succéder dans la tutelle; son choix n'est valable que pour autant qu'il est lui-même investi de la tutelle, au jour de son décès. Cette décision n'est donnée par la loi que pour un cas particulier, celui de l'art. 399; mais elle est dictée pour tous les cas par la combinaison de l'art. 397 avec les principes généraux de notre titre sur les causes de cessation des fonctions de tuteur. L'art. 397 accorde bien au survivant des père et mère le droit de choisir un tuteur, mais il ne lui accorde pas le droit de remplacer un tuteur en exercice; lui reconnaître ce droit, malgré le silence de l'art. 397, ce serait admettre

une cause de destitution ou de déchéance de la tutelle que la loi n'a pas établie. Le seul droit que l'art. 397 confère au dernier mourant des père et mère, c'est celui de pourvoir à la vacance qui sera le résultat de son décès.

570. Le père remarié conserve intact le droit de choisir un tuteur aux enfants de son premier lit. Il n'en est pas ainsi de la mère remariée et maintenue dans la tutelle; son choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. Art. 400. La désignation faite par la mère, alors même que le conseil de famille ne l'approuve pas, n'est cependant pas dépourvue de tout effet; elle exclut la tutelle légale des ascendants et donne lieu à la nomination d'un tuteur par le conseil de famille. Art. 402.

La nomination du tuteur testamentaire ne peut être faite que dans l'une des formes tracées par l'art. 392. Art. 398.

III. — *De la tutelle légale des ascendants.*

Art. 402 à 404.

571. D'après la théorie qui se dégage des art. 394, 402 et 405, la tutelle légale des ascendants n'est admise que pour faire suite à la tutelle légale du survivant des père et mère.

Deux conditions sont requises pour que la tutelle légale des ascendants vienne à s'ouvrir :

1° Que le survivant des père et mère ait conservé la tutelle légale jusqu'à son décès, en d'autres termes, que la tutelle soit laissée *vacante* par le décès du dernier mourant des père et mère. Ainsi il y a lieu, non à la tutelle légale des ascendants, mais à la tutelle dative, lorsque la gestion tutélaire du survivant des époux a cessé par toute autre cause que par son décès. Art. 394 et 405. P. 1853, I, 86. D. 1891, II, 162.

2° Que le dernier mourant des père et mère soit décédé sans avoir usé de la faculté de désigner un tuteur testamentaire. Ainsi il y a lieu, non à la tutelle légale des ascendants, mais à la tutelle dative, lorsque le tuteur testamentaire se trouve incapable, exclu, excusé, ou vient à perdre la tutelle par une cause quelconque. Art. 402 et 405.

572. La tutelle légale n'est jamais dévolue aux ascendantes.

Elle est dévolue à l'aïeul paternel du mineur, et s'il est décédé avant son ouverture, à l'aïeul maternel. Lorsque ce dernier est lui-même décédé avant cette époque, la tutelle est dévolue à un ascendant plus éloigné, dans l'ordre fixé par les art. 402, 403 et 404.

La tutelle légale des ascendants ne s'ouvre qu'une seule fois. Lorsque l'aïeul appelé en première ligne se fait excuser ou se trouve incapable, et aussi lorsque la tutelle vient à cesser dans sa personne par une cause quelconque, elle ne passe pas à l'ascendant qui vient après lui, c'est la tutelle dative qui la remplace. Il résulte, en effet, de l'art. 405 que les termes *à défaut de* des art 402 et 403, ne peuvent s'entendre que du cas où l'ascendant qui aurait été appelé en première ligne à la tutelle, était déjà décédé lors de son ouverture.

IV. — *De la tutelle dative.*

Art. 405.

573. La tutelle dative est la tutelle normale ; les autres tutelles sont exceptionnelles. Il y a lieu à la tutelle dative :

1° Toutes les fois qu'il n'y a ni père, ni mère, ni tuteur testamentaire, ni ascendant mâle.

2° Toutes les fois que le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé en première ligne à la tutelle légale, se trouve incapable, exclu, ou excusé, ainsi que dans le cas où la mère refuse la tutelle.

3° Toutes les fois que le tuteur en fonctions vient à perdre la tutelle par une cause quelconque. Il faut cependant excepter le cas où le survivant des père et mère, investi de la tutelle, vient à mourir ; il y a lieu alors à la tutelle testamentaire ou à la tutelle légale des ascendants.

La nomination du tuteur datif appartient exclusivement au conseil de famille ; les tribunaux ne seraient point autorisés à le désigner, dans le cas même où ils auraient annulé la nomination faite par ce conseil.

Les délibérations portant nomination de tuteur ne sont point sujettes à homologation. P. 1890, III, 139.

Art. 2°. — DU CONSEIL DE FAMILLE.

574. Le conseil de famille est une assemblée composée de parents ou d'alliés du mineur ou d'amis de ses père et mère, et présidée par le juge de paix.

Ses principales attributions sont :

1° De nommer le tuteur dans les cas exprimés par la loi. Art. 405.

2° De nommer dans tous les cas le subrogé-tuteur. Art. 420.

3° De prononcer, quand il y a lieu, l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé-tuteur. Art. 446.

4° De délibérer sur les affaires les plus importantes de la tutelle. Art. 454 et suiv.

En dehors des cas strictement limités où son intervention est requise pour autoriser le tuteur à poser certains actes, le conseil de famille ne possède qu'un droit de surveillance, et nullement de direction, sur la gestion du tuteur. L'exercice de ce droit de surveillance est lui-même circonscrit par la loi dans les limites nettement définies et qu'il ne lui est pas permis de dépasser. P. 1886, II, 50.

Il est essentiel de poser en principe que le conseil de famille n'a pas d'autres attributions que celles qui lui sont spécialement dévolues par la loi. C'est ainsi qu'il faut résoudre négativement la question de savoir si le conseil qui croit devoir conserver la tutelle à la mère remariée, a le pouvoir de lui imposer des conditions ou des formes *particulières* d'administration. P. 1888, III, 97.

575. Le Code ne s'est occupé de l'organisation du conseil de famille qu'à l'occasion de la nomination du tuteur datif. Art. 406 à 417. On s'accorde à reconnaître que les règles qu'il a tracées en vue de cette hypothèse particulière doivent recevoir leur application dans tous les cas où il y a lieu de réunir ce conseil.

I. — *Du siège du conseil de famille.*

Art. 406, 407 et 421.

576. Le conseil de famille est formé par le juge de paix du lieu où le mineur avait son domicile lors de l'ouverture de

la tutelle. Le mineur était domicilié dans la commune où son père avait son domicile. Art. 108. C'est le juge de paix du domicile originaire du mineur qui est le mieux à même de connaître la situation du mineur et de diriger les délibérations du conseil; c'est aussi au lieu de l'ouverture de la tutelle que se trouvent d'ordinaire les parents et les alliés les plus proches du mineur.

Le siège du conseil de famille s'appelle le *domicile de la tutelle*. Il ne faut pas confondre le domicile de la tutelle avec le domicile du mineur. Le domicile du mineur change avec le domicile du tuteur. Au contraire, le domicile de la tutelle est immuable; il reste invariablement fixé, pour toute la durée de la minorité, au lieu où le mineur avait son domicile lors de la première ouverture de la tutelle. L'intérêt du pupille exige qu'il en soit ainsi; autrement, il serait par trop facile au tuteur, en déplaçant son domicile, de faire varier à son gré la composition du conseil de famille, et de soustraire ainsi sa gestion à tout contrôle efficace. P. 1883, I, 218; 1891, II, 17.

II. — *De la composition du conseil de famille.*

Art. 407 à 410.

577. Le conseil de famille est formé par le juge de paix. C'est à ce magistrat qu'appartient exclusivement la mission de désigner les personnes qui doivent le composer. Les art. 407 à 410 déterminent les règles qu'il doit observer dans cette opération.

L'art. 407 consacre plusieurs principes :

1° Le juge de paix doit désigner un nombre de six membres. Il n'en faut pas plus de six; les responsabilités morales s'évanouissent lorsqu'elles se divisent beaucoup. Il en faut six; on a ainsi un nombre impair, en y ajoutant le président; il faut d'ailleurs prévoir qu'il y aura des absences.

2° Le juge doit désigner six parents ou alliés du mineur, pris moitié dans la ligne paternelle et moitié dans la ligne

maternelle. La loi ne veut pas de prépondérance d'une ligne sur l'autre. Il doit désigner les parents ou alliés, en suivant l'ordre de proximité de degrés dans chaque ligne. Le parent doit être préféré à l'allié du même degré. Entre deux parents ou alliés du même degré, la préférence est due au plus âgé.

3° Le juge ne doit désigner que des parents et alliés domiciliés dans la commune du domicile de la tutelle ou dans un rayon de quatre lieues autour de cette commune. Il faut éviter des lenteurs préjudiciables aux intérêts du mineur, et des déplacements onéreux pour les membres du conseil de famille.

A défaut de parents et d'alliés dans une ligne, le juge doit appeler des personnes de la commune connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Art. 409. P. 1891, II, 17.

578. La règle que le nombre des membres du conseil de famille ne dépasse pas six, non compris le juge de paix, reçoit exception en vertu de l'art. 408. Les frères germains du mineur, les maris des sœurs germaines, les ascendants et les ascendantes veuves, lorsqu'ils sont domiciliés dans le rayon légal, sont tous appelés *de droit* à faire partie du conseil de famille, *alors même qu'ils dépassent le nombre de six*. En quelque nombre qu'ils soient, ils composeront à eux tous le conseil de famille, et ils le composeront *seuls* s'ils sont en tout plus de six.

L'art. 408 qui détermine les membres de droit a été rédigé avec négligence. D'abord, le second alinéa modifie le premier en assimilant les ascendants et les ascendantes veuves aux frères germains et aux maris des sœurs germaines. Ensuite, il semble n'appeler que les ascendants valablement excusés de la tutelle; il va de soi que sa disposition comprend également les ascendants qui, n'ayant pas été appelés à la tutelle, n'ont pas eu besoin de s'en faire excuser. Enfin, il emploie cette formule inexacte *veuves d'ascendants*, au lieu de dire *ascendantes veuves*; parmi les femmes, en effet, il n'y a que les ascendantes qui ne soient pas incapables de faire partie du conseil de famille. Art. 442.

579. La règle que les membres du conseil doivent être choisis dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans un rayon de quatre lieues autour de cette commune, reçoit certaines exceptions en vertu des art. 409 et 410 :

1° Lorsqu'il n'y a pas dans le rayon légal des parents ou des alliés en nombre suffisant pour composer le conseil. En ce cas, le juge peut, à son choix, et suivant ce qu'il croit le plus utile aux intérêts du mineur, appeler des parents ou des alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit dans la commune même, des personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Art. 409. Cette disposition doit être appliquée séparément à chacune des lignes; l'une des deux lignes ne peut jamais suppléer l'autre. Mais il faut observer que les frères germains et les maris des sœurs germaines ont qualité pour représenter indifféremment l'une ou l'autre ligne dans le conseil de famille.

2° Lorsque le juge de paix croit convenable d'y déroger, dans l'intérêt du mineur. Mais il faut alors que les parents ou alliés appelés en dehors du rayon légal soient plus proches en degré, ou tout au moins du même degré, que les parents ou les alliés présents. Art. 410. Ce texte ajoute, assez inutilement, que le juge qui use de cette faculté doit faire, parmi les parents ou alliés présents, les éliminations nécessaires pour que le nombre régulier de six membres ne soit pas dépassé.

580. Le conseil de famille n'est pas un corps immuable, composé une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle et pour toute sa durée. Il y a lieu de le composer à nouveau, selon les règles tracées par les art. 407 à 410, chaque fois qu'il est nécessaire de le réunir. Il peut donc arriver qu'il se trouve comprendre, lors d'une réunion postérieure, des éléments tout différents de ceux dont il se composait lors de la réunion précédente.

C. — *De la convocation et de la réunion du conseil de famille.*

Art. 406, 411 à 416.

581. Régulièrement, le conseil de famille est convoqué sur l'ordonnance du juge de paix. L'ordonnance est rendue soit d'office, soit sur réquisition. Le juge est autorisé à faire convoquer le conseil d'office, toutes les fois qu'il le croit utile aux intérêts du mineur. Ce droit résulte pour lui de sa qualité même de président. Il est tenu d'ordonner la convocation du conseil toutes les fois qu'il en est requis par une personne à ce qualifiée par la loi.

En principe, tout parent ou allié du mineur et tout tiers intéressé a le droit de réquisition. La loi plaçant, en matière de tutelle, les alliés sur la même ligne que les parents, il est raisonnable d'entendre le mot parents de l'art. 406 dans le sens vulgaire. Aux parents, alliés et tiers intéressés, il faut ajouter le tuteur et le subrogé-tuteur. Si l'art. 406 ne les nomme pas, c'est que ses dispositions n'ont été écrites qu'en vue d'un cas particulier, la nomination du tuteur. Par exception, dans quelques cas particuliers, la loi restreint le droit de réquisition, au profit de certains parents. Art. 446 et 479.

Il est de jurisprudence en Belgique que le ministère public a le droit de requérir la convocation du conseil de famille. P. 1886, II, 50.

L'ordonnance rendue par le juge contient la liste des personnes appelées à faire partie du conseil, et elle fixe le jour de la réunion.

582. Le mode régulier de convocation est une citation notifiée par huissier à chacun des membres du conseil.

Tout membre régulièrement convoqué est tenu de se rendre à la réunion, soit en personne, soit par un mandataire spécial. Le Code n'exige pas que la procuration soit authentique, mais il veut qu'elle soit spéciale, c'est-à-dire qu'elle détermine l'objet *spécial* du mandat. Le fondé de pouvoir doit d'ailleurs être libre de se décider en connaissance de cause; il faut exclure tout mandat impératif; c'est

la délibération qui doit déterminer le vote. Le fondé de pouvoir ne peut représenter qu'un seul membre; la loi veut ainsi conserver au conseil sa physionomie d'assemblée délibérante.

583. Pour que le conseil puisse délibérer, il faut absolument :

1° Que le juge de paix (titulaire ou suppléant) soit présent. Il n'y a pas de conseil de famille sans juge de paix.

2° Que les trois quarts au moins des membres convoqués soient présents. Le juge de paix n'étant pas un membre *convoqué*, puisque c'est lui qui ordonne la convocation, ne doit pas être compris dans ce calcul.

Le droit *d'ajourner* l'assemblée, c'est-à-dire de la remettre à un jour qui sera ultérieurement indiqué par une convocation nouvelle, ou de la *proroger*, c'est-à-dire de la renvoyer à un jour fixe sans nouvelle convocation, appartient au juge de paix dans tous les cas où l'intérêt du mineur lui paraît exiger une remise.

584. Dans la pratique, afin d'éviter des frais qui sont en définitive à la charge du mineur, on ne présente presque jamais de réquisition écrite au juge de paix, celui-ci ne rend point d'ordonnance, et la convocation se fait par simples lettres du juge ou de son greffier. P. 1886, III, 106.

Ce mode de procéder n'étant pas légal, il s'ensuit :

1° Que les membres qui ne comparaitraient pas, après avoir été ainsi convoqués, ne pourraient pas être condamnés à l'amende édictée par l'art. 413.

2° Que l'on ne pourrait pas délibérer valablement en leur absence, alors même que la réunion comprendrait les trois quarts des membres convoqués.

D. — *Des délibérations du conseil de famille et de leur validité.*

585. Il faut appliquer au conseil de famille deux principes admis dans toutes les assemblées délibérantes :

Les membres du conseil ne peuvent prendre part aux délibérations dans lesquelles ils ont un intérêt personnel. P. 1888, III, 120.

Les décisions sont prises à la majorité absolue des voix. En cas de partage, la voix du juge de paix est prépondérante. Art. 416.

La majorité absolue constitue seule une véritable majorité; la majorité relative est purement fictive. J. Liège. 1891, p. 393. Mais comment sortir d'embarras quand il se formera plus de deux opinions dans le sein du conseil et qu'aucune n'aura pour elle la majorité absolue? Le juge de paix pourra user de la faculté que lui accorde l'art. 414 d'ajourner l'assemblée ou de la proroger; il pourra même, si cela est nécessaire, reconstituer le conseil de famille; grâce à la disposition de l'art. 410, il en éliminera les membres récalcitrants.

Aucun texte n'exige, en principe, que les délibérations du conseil soient motivées. Mais l'art. 883 c. pr. civ. veut que lorsque les délibérations ne sont pas prises à l'unanimité, l'avis de chacun des membres soit mentionné au procès-verbal.

L'acte qui constate la décision du conseil s'appelle délibération de conseil de famille ou avis de parents.

En règle générale, les délibérations du conseil de famille ont une autorité propre; elles sont exécutoires par elles-mêmes. Elles ne sont soumises à la condition de l'homologation judiciaire que dans les cas déterminés par la loi. P. 1890, III, 139.

586. Les prescriptions légales, concernant la composition, la convocation et les délibérations du conseil de famille se divisent en deux grandes classes: les unes sont fondamentales, les autres ne le sont point.

Les prescriptions fondamentales ont pour objet: 1° la formation, par le juge de paix, d'une liste de six membres, parents ou alliés du mineur, ou amis de ses père et mère; 2° la présidence de l'assemblée par le juge de paix; 3° la présence des trois quarts au moins des membres convoqués; 4° le vote à la majorité absolue des voix, avec voix prépondérante du juge de paix en cas de partage. En cas d'inobservation de ces prescriptions, la délibération ne peut avoir

aucun effet. Elle n'émane pas d'un véritable conseil de famille ou elle ne résulte pas d'un vote tel que la loi le suppose; elle n'a donc pas d'existence légale.

L'inobservation des autres prescriptions n'a point pour conséquence nécessaire d'entraîner la nullité de la délibération. Le Code n'a édicté, en effet, aucune nullité comme sanction des règles qu'il a tracées. Son silence doit être interprété en ce sens qu'il s'en est remis aux tribunaux du soin de maintenir ou d'annuler la délibération, suivant qu'ils reconnaissent *en fait* que les intérêts du mineur ont été ou non suffisamment sauvegardés. Les tribunaux ont donc à apprécier si l'inobservation des règles sur la composition du conseil, etc., a eu pour conséquence de *léser* le mineur. Ce système est en parfaite harmonie avec l'esprit du Code; toutes les règles de notre matière n'ont d'autre but que de protéger les intérêts du mineur. P. 1881, I, 73; 1890, II, 103. D. 1891, II, 223.

E. — *Du recours à la justice contre les délibérations du conseil de famille.*

587. Le Code civil n'avait autorisé et réglé le recours à la justice contre les délibérations du conseil de famille que dans certains cas particuliers. Art. 440 et 448. Le Code de procédure a admis et organisé le recours d'une manière générale; l'art. 883 permet d'attaquer devant le tribunal toute délibération du conseil de famille soit quant à la forme, soit quant au fond. *Quant à la forme*, lorsque les règles relatives à la composition, à la convocation et au mode de délibération du conseil, n'ont pas été observées. *Quant au fond*, lorsqu'on prétend que la décision, bien que régulièrement prise, est contraire aux intérêts du mineur.

Lorsqu'une délibération est attaquée quant au fond, les magistrats sont investis du pouvoir discrétionnaire le plus étendu pour réformer la décision du conseil et décider eux-mêmes ce qui devra être fait dans l'intérêt du mineur.

La règle que toute délibération du conseil de famille peut

être réformée par le tribunal, cesse d'être applicable dans les cas où le conseil s'est trouvé substitué au père pour l'exercice d'un pouvoir domestique que celui-ci aurait lui-même exercé souverainement, c'est-à-dire sans recours possible à la justice. L'opinion générale est que le titre des avis de parents, au Code de procédure civile, ne concerne que les décisions du conseil de famille en matière de *tutelle*. La délibération par laquelle le conseil accorde ou refuse au mineur l'autorisation de contracter mariage, et celle par laquelle il admet ou refuse l'émancipation, ne sont donc pas susceptibles de réformation par les tribunaux. P. 1890, II, 363.

588. A qui appartient le droit de se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille ?

L'action appartient au tuteur, au subrogé-tuteur et à chacun des membres du conseil de famille. Art. 883. Cet article ne désigne pas nominativement le juge de paix, mais il le comprend dans l'expression générale *membres de l'assemblée*. Le doute qu'il pouvait y avoir sur ce point a été levé lors de l'élaboration de l'art. 51 de la loi hypothécaire. Quant au ministère public, l'action lui appartient en vertu de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810. P. 1886, II, 50. B. J. 1888, p. 983.

Il est généralement reconnu que ceux des parents ou alliés qui, d'après la loi, doivent être appelés à faire partie du conseil de famille, et qui n'y ont point été appelés, ont également qualité pour attaquer la délibération du conseil de famille qui a été irrégulièrement composé. P. 1891, II, 17.

La demande en réformation doit, en général, être dirigée contre les membres qui ont été d'avis de la résolution adoptée. Art. 883 (1). Il en est autrement de la demande du tuteur contre la délibération qui prononce son exclusion ou sa destitution. Art. 448.

(1) Si le juge de paix est au nombre des personnes admises à critiquer la délibération, il n'est cependant pas compris au nombre de celles contre lesquelles l'attaque doit être dirigée. Il est, en effet, de principe que le juge de paix agissant comme magistrat et à raison de son office, ne peut être actionné que dans les cas spécifiés par la loi et par la voie de la *prise à partie*.

Art. 3°. — DU SUBROGÉ-TUTEUR.

Art. 420 et suiv.

589. Dans toute tutelle, il y a un subrogé-tuteur.

Sa mission principale et permanente c'est de surveiller le tuteur, de demander sa destitution lorsque les circonstances l'exigent, et de provoquer son remplacement lorsque la tutelle devient vacante ou est abandonnée. Art. 424 et 446. Cette mission de surveillance, le conseil de famille peut la lui faciliter en astreignant le tuteur à lui remettre des états annuels de situation de sa gestion. Art. 470.

Ses attributions accessoires et accidentelles sont :

1° De requérir certaines mesures autorisées par la loi pour garantir les intérêts du mineur. Art. 52, 55 et 61, al. 2, de la loi hypothécaire.

2° D'intervenir, avec le tuteur, dans certains actes de la tutelle. Art. 451 et 452. Art. 2, § 4 et 9, de la loi du 12 juin 1816. Art. 61, al. 1^{er}, de la loi hypothécaire.

3° De remplacer le tuteur, mais seulement quand les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur. Art. 420, al. 2. Lorsqu'à raison de l'opposition d'intérêts entre le tuteur et le pupille, le subrogé-tuteur est appelé à remplacer le tuteur dans un acte où l'intervention du subrogé-tuteur, comme tel, est elle-même nécessaire, il y a lieu à la nomination d'un subrogé-tuteur *ad hoc*.

Quand le subrogé-tuteur est chargé par la loi d'agir pour les intérêts du mineur, il cesse d'être subrogé-tuteur pour prendre la qualité de tuteur; la disposition de l'art. 475 lui devient donc directement applicable. P. 1885, I, 199.

Le mot *subrogé*, dans la langue du droit, fait allusion au fait de prendre la place de quelqu'un ou de quelque chose. Ici, il n'en est pas ainsi; le subrogé-tuteur n'est pas un second représentant du mineur. Art. 424. En dehors des cas spécifiés par la loi, le subrogé-tuteur n'a pas qualité pour exercer les fonctions du tuteur; l'urgence la plus extrême ne saurait l'autoriser à s'immiscer dans ces fonctions. Il n'a strictement qu'un seul droit, celui de provoquer la destitu-

tion du tuteur qui n'agit pas. Le subrogé-tuteur qui agirait au nom du mineur ne serait qu'un *negotiorum gestor*. D. 1888, I, 226.

590. A la différence du tuteur, le subrogé-tuteur n'est jamais désigné par la loi, et il ne peut pas être nommé par le dernier mourant des père et mère. Il est toujours nommé par le conseil de famille. Art. 420.

Lorsque la tutelle est légale ou testamentaire, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille pour la nomination du subrogé-tuteur. S'il s'immisce dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille peut lui retirer la tutelle. Art. 421. Lorsque la tutelle est déférée par le conseil de famille, ce conseil doit procéder à la nomination du subrogé-tuteur, aussitôt après avoir désigné le tuteur. Art. 422.

Lorsque le tuteur est membre du conseil, il ne peut voter pour la nomination du subrogé-tuteur; son vote pourrait n'être pas impartial. Art. 423.

Le conseil peut choisir comme subrogé-tuteur, soit un parent ou un allié du mineur, soit un individu étranger à la famille. Mais lorsqu'il veut choisir un parent ou un allié, et que le tuteur lui-même appartient à la famille, il doit nécessairement le choisir dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas. Il ne faut pas que le surveillant ait les mêmes tendances et les mêmes intérêts que le surveillé. Art. 423. Cet article ne veut pas dire que le subrogé-tuteur doit toujours être pris dans la famille; il pourrait arriver, en effet, que cela serait impossible.

La règle de l'art. 423 que le subrogé-tuteur ne peut pas être pris dans la ligne à laquelle appartient le tuteur, souffre exception *dans le cas de frères germains*. Cette exception signifie non seulement que si le pupille a deux frères germains, l'un peut être tuteur et l'autre subrogé-tuteur, mais aussi que si la tutelle est confiée à un frère germain du mineur tout parent ou allié, à quelque ligne qu'il appartienne, peut être subrogé-tuteur, et que si un parent ou allié quelconque est tuteur, le frère germain du pupille peut toujours

être subrogé-tuteur. La loi a voulu prévenir ce résultat fâcheux que le frère germain serait écarté par la raison qu'il appartiendrait à la fois aux deux lignes; le lien étroit de parenté qui unit alors le pupille et son tuteur ou son subrogé-tuteur offre une garantie assez sérieuse pour qu'il n'y ait pas lieu de maintenir absolument la règle de l'équilibre des deux lignes.

591. La subrogée-tutelle est une charge publique, comme la tutelle. Le subrogé-tuteur doit accepter ses fonctions, à moins qu'il ne soit dans un cas d'excuse, d'incapacité ou d'exclusion. Art. 426, al. 1^{er}.

La loi, dans quelques articles, 424 par exemple, fait application du principe que le subrogé-tuteur qui ne s'acquitte pas des fonctions qui lui sont dévolues, se trouve en faute et dès lors responsable d'après le droit commun.

Le subrogé-tuteur n'est pas frappé des incapacités que la loi prononce contre le tuteur; ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale au profit du mineur. D. 1888, I, 241.

592. Les fonctions du subrogé-tuteur cessent à la même époque que la tutelle. Lorsqu'il n'y a plus de tutelle, il ne peut plus y avoir de subrogée-tutelle. Art. 425.

Mais les fonctions du subrogé-tuteur ne cessent pas lorsque la tutelle devient vacante. Le subrogé-tuteur reste en exercice après la nomination d'un nouveau tuteur. Il n'en est autrement que quand le nouveau tuteur est choisi dans la ligne de parenté à laquelle le subrogé-tuteur appartient. Art. 423.

§ 2^e. — DE LA TUTELLE DE L'ENFANT ILLÉGITIME.

593. On sait que l'enfant adultérin ou incestueux n'est point soumis à la puissance de celui de ses auteurs à l'égard duquel son origine est indirectement constatée.

On sait aussi que, même quand l'enfant naturel a été reconnu par ses deux auteurs et que tous deux sont encore vivants, il n'y a pas administration légale, mais tutelle.

Le Code ne s'explique pas sur la délation de la tutelle des

enfants illégitimes. De là une vive controverse. La solution la plus satisfaisante serait d'appliquer les règles des art. 390 et suiv. par analogie. La tutelle de l'enfant reconnu serait donc légale, testamentaire ou dative; il n'y aurait qu'une seule restriction : la tutelle légale des aïeux n'existerait jamais, l'enfant naturel n'ayant civilement d'autres ascendants que ses père et mère ⁽¹⁾.

Telle n'est pas la doctrine généralement admise. Les uns veulent faire nommer le tuteur de l'enfant illégitime par les tribunaux. P. 1889, III, 276. Les autres, plus nombreux, enseignent que le tuteur doit toujours être datif, c'est-à-dire désigné par le conseil de famille.

594. Comment composer le conseil de famille d'un enfant illégitime, puisque cet enfant n'a jamais de famille, même lorsqu'il a été légalement reconnu ?

Si la filiation de l'enfant est légalement établie, les membres du conseil sont pris parmi les personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère. Art. 409.

S'il s'agit d'un enfant adultérin ou incestueux, ou né de père et mère inconnus, le juge de paix choisit les membres du conseil parmi les notables de la commune.

595. La tutelle des enfants recueillis dans les hospices est régie par la loi du 25 pluviôse an XIII.

SECTION 2^e. — Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution, applicables au tuteur, au subrogé-tuteur et aux membres du conseil de famille.

§ 1^{er}. — DES CAUSES D'EXCUSE.

Art. 426 à 441.

596. En principe, les diverses fonctions qui se rattachent à la tutelle sont des charges obligatoires. L'intérêt général exige qu'une protection soit assurée aux personnes que la

(1) Il va sans difficulté que la tutelle de l'enfant naturel non reconnu et de l'enfant adultérin ou incestueux doit toujours être dative.

faiblesse de leur âge empêche de se diriger elles-mêmes. Par exception, la loi établit certaines causes de dispense en faveur du tuteur et du subrogé-tuteur; on les nomme excuses.

Il n'existe pas de causes légales de dispense en ce qui concerne les personnes appelées à faire partie d'un conseil de famille. C'est qu'il est infiniment moins pénible de prendre part à quelques réunions de parents que d'être tuteur ou subrogé-tuteur. Toutefois le juge de paix apprécie souverainement, pour l'application de la peine portée par l'art. 413, les empêchements de fait allégués par tel ou tel membre du conseil.

Les causes d'excuse sont limitativement déterminées par la loi; elles ne peuvent être étendues par voie d'analogie.

Toute cause d'excuse constitue un bénéfice individuel; rien n'empêche l'intéressé de renoncer au droit de s'en prévaloir.

597. Il y a deux catégories d'excuses à distinguer : les unes *a suscipienda tutela* seulement : elles n'autorisent que le refus de prendre la tutelle ou la subrogée-tutelle; les autres *a suscepta tutela* : elles permettent non seulement de refuser la tutelle ou la subrogée-tutelle, mais encore de s'en faire décharger après l'avoir acceptée, pourvu toutefois que la cause de l'excuse soit survenue postérieurement à l'acceptation. Le Code se montre plus difficile pour décharger le tuteur ou le subrogé-tuteur qui est déjà entré en fonctions, que pour dispenser celui qui n'est pas encore en exercice. Il veut éviter, autant que possible, les changements de tuteur ou de subrogé-tuteur, ces changements étant souvent préjudiciables au mineur.

598. Les causes d'excuse admises par la loi sont :

- 1° Certaines fonctions et certaines dignités publiques.
- 2° La qualité d'étranger à la famille du mineur, lorsqu'il n'existe pas, dans un certain rayon, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle et non légitimement dispensés.
- 3° La vieillesse.
- 4° Les infirmités.

5° Le nombre des tutelles.

6° Le nombre des enfants.

C'est au conseil de famille qu'il appartient d'apprécier les excuses proposées. En général, les excuses doivent lui être présentées dans un délai très court, à peine de déchéance.

§ 2°. — DES CAUSES D'INCAPACITÉ, D'EXCLUSION ET DE
DESTITUTION.

Art. 426, 442 à 449.

599. Il y a entre l'incapacité, d'un côté, et l'exclusion ou la destitution de l'autre, cette différence que l'incapacité est fondée sur des motifs qui n'affectent en rien l'honneur de la personne, tandis que l'exclusion et la destitution reposent, le plus souvent, sur des raisons qui entachent l'honneur de ceux qui les encourent. L'exclusion et la destitution ont des causes identiques; elles ne diffèrent l'une de l'autre qu'en ce que l'exclusion empêche l'entrée en fonctions, tandis que la destitution fait cesser une gestion déjà commencée.

Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution sont limitativement déterminées par la loi.

L'extranéité n'est nulle part établie comme une cause d'incapacité. P. 1887, II, 221.

I. — *Des causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution
en ce qui concerne le tuteur et le subrogé-tuteur.*

600. Sont incapables d'être tuteurs ou subrogés-tuteurs :

1° Les mineurs, excepté le père et la mère.

2° Les interdits. Une personne non interdite peut se trouver dans un état de santé, soit physique, soit intellectuelle, assez grave, pour qu'il lui soit impossible d'exercer la tutelle. Il faut alors appliquer l'art. 444 qui autorise le conseil de famille à exclure ou à destituer le tuteur pour incapacité *de fait*. P. 1853, I, 86.

3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes.

4° Tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le

mineur, un procès dans lequel l'état de ce mineur ou une partie notable de ses biens sont compromis. Sauf ce cas spécial, l'opposition d'intérêts n'est pas une cause d'incapacité; elle donne seulement lieu à l'application de l'art. 420, al. 2.

Les causes d'incapacité, à l'exception toutefois de la quatrième, laquelle nécessite un examen de fait, opèrent de plein droit; elles n'ont pas besoin d'être prononcées par le conseil de famille. Si le conseil se réunit alors, ce n'est pas pour écarter le tuteur ou le subrogé-tuteur, c'est pour en désigner un autre.

601. Sont de plein droit exclus ou destitués les condamnés qui sont en état d'interdiction légale ou qui sont privés des droits de famille indiqués à l'art. 31 du Code pénal. La disposition de l'art. 443 a été remplacée par les art. 19 à 24, 31 à 34 du Code pénal. P. 1884, II, 234. J. T. 1885, p. 337.

Peuvent être exclus ou destitués :

1° Le tuteur qui s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir fait convoquer le conseil de famille pour la nomination du subrogé-tuteur. Art. 421, al. 2.

2° Les gens d'une conduite notoire.

3° Ceux dont la gestion attesterait l'infidélité.

4° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ⁽¹⁾.

L'art. 444, 2°, s'exprime de la manière la plus générale. Il ne distingue pas entre la gestion des intérêts moraux et la gestion des intérêts pécuniaires. Il s'applique donc au tuteur qui ne surveillerait pas l'éducation de son pupille ou qui lui donnerait de mauvais exemples. P. 1891, II, 237; 1891, III, 247. Il ne parle pas seulement de la gestion de la tutelle actuellement ouverte, il parle de toute gestion quelconque. Il s'applique ainsi au tuteur ou au subrogé-tuteur qui aurait fait preuve d'incapacité ou d'infidélité dans la gestion des intérêts de toute autre personne, ou même dans celle de ses intérêts propres. La preuve décisive qu'il ne s'agit pas uni-

(1) Il importe de ne pas confondre l'incapacité avec l'infidélité. Ce sont là deux causes distinctes. P. 1889, III, 144.

quement, à l'art. 444, de la gestion d'une tutelle actuellement en cours, c'est que cet article fait de l'incapacité ou de l'infidélité une cause d'exclusion aussi bien que de destitution. P. 1890, III, 139.

Les demandes d'exclusion ou de destitution doivent être faites au conseil de famille. Art. 446. Toute délibération qui prononce l'exclusion ou la destitution doit être motivée, et ne peut être prise qu'après que l'intéressé a été entendu ou appelé. Art. 447.

D'après l'art. 448, toute délibération qui prononce l'exclusion ou la destitution peut être déférée aux tribunaux soit à la requête du tuteur, soit à la demande du subrogé-tuteur. Il y aura lieu à la procédure d'instance en homologation par le subrogé-tuteur, lorsque le tuteur, sans assigner le subrogé-tuteur, ne s'inclinera pas devant la décision rendue, en abandonnant immédiatement l'exercice de ses fonctions.

II. — *Des causes d'incapacité et d'exclusion en ce qui concerne les membres du conseil de famille.*

602. Il n'y a pas une assimilation absolue entre les causes d'incapacité et d'exclusion de la tutelle et les causes d'incapacité et d'exclusion du conseil de famille. L'assimilation existe en vertu de l'art. 442 quant aux causes d'incapacité; elle n'existe pas quant aux causes d'exclusion. A la différence de l'art. 444, l'art. 445 n'exclut pas du conseil de famille tous les gens d'une inconduite notoire ou qui ont donné des preuves d'incapacité ou d'infidélité dans la gestion de leurs affaires ou de celles d'autrui; il n'exclut que les individus dont l'indignité se trouve déjà établie par le fait qu'ils ont déjà été exclus ou destitués d'une tutelle.

CHAPITRE II. — DE LA GESTION DU TUTEUR.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. -- Des obligations du tuteur lors de son entrée en fonctions.

§ 1^{er}. — De l'époque de l'entrée en fonctions.

§ 2°. — De l'inventaire des biens du mineur.

§ 3°. — De la vente des meubles du mineur.

§ 4°. — Du budget de la tutelle et de certaines règles de gestion à fixer par le conseil de famille.

SECTION 2°. — De l'éducation du mineur.

SECTION 3°. — Du principe que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils et des restrictions qui y sont apportées.

§ 1°. — De l'étendue du principe.

§ 2°. — Des restrictions apportées au principe en matière judiciaire.

§ 3°. — Des restrictions apportées au principe en matière extrajudiciaire.

I. — De la réception des créances non exigibles pendant la tutelle.

II. — Des baux des biens du mineur.

III. — De l'acceptation et de la répudiation des successions.

IV. — De l'acceptation des donations.

V. — De l'aliénation et de la conversion en titres au porteur d'inscriptions de rentes nominatives sur l'Etat.

VI. — De l'emprunt et de l'hypothèque.

VII. — De l'échange d'immeubles.

VIII. — De la vente volontaire d'immeubles.

IX. — De la licitation d'immeubles.

X. — Des liquidations et partages.

XI. — De la transaction.

XII. — Du compromis.

XIII. — De la continuation du commerce des parents du mineur.

§ 4°. — De l'effet des actes passés par le tuteur au nom du mineur et des actes passés par le mineur lui-même.

SECTION 4°. — Des devoirs du tuteur, de sa responsabilité et des incapacités dont il est frappé.

SECTION 1^{re}. — Des obligations du tuteur lors de son entrée en fonctions.

§ 1^{er}. — DE L'ÉPOQUE DE L'ENTRÉE EN FONCTIONS.

603. Le tuteur doit entrer en fonctions dès qu'il apprend que la tutelle lui est dévolue. Art. 418. Cette disposition ne prévoit que le cas d'une tutelle dative, mais elle doit être appliquée par analogie à toute espèce de tutelle.

Toutefois le tuteur ne peut s'ingérer dans la gestion des biens avant d'avoir fait nommer le subrogé-tuteur, conformément à l'art. 421, et avant d'avoir fourni les garanties jugées nécessaires par le conseil de famille, conformément aux art. 49 et 52 de la loi hypothécaire. Ce n'est pas là une prohibition absolue; le tuteur qui y contrevient reste investi de la tutelle au regard des tiers; mais au regard du mineur, il peut être condamné à des dommages-intérêts, et le conseil de famille peut lui retirer la tutelle.

§ 2^e. — DE L'INVENTAIRE DES BIENS DU MINEUR.

Art. 451.

604. L'apposition des scellés est une mesure conservatoire destinée à prévenir le détournement d'objets mobiliers. L'art. 819 prescrivait l'apposition des scellés dans les cas d'ouverture d'une succession au profit d'un mineur. Il a été modifié par l'art. 911 c. p. c., d'après lequel l'apposition des scellés n'est obligatoire qu'autant qu'au moment de l'ouverture de la succession le mineur n'est pas pourvu d'un tuteur.

L'art. 451 imposa à tout tuteur, sans exception, l'obligation de faire dresser l'inventaire des biens du mineur. Il l'impose dans un double but : d'abord afin d'établir la base du compte que le tuteur devra rendre à l'expiration de ses fonctions; ensuite afin de permettre au conseil de famille de fixer en connaissance de cause le budget de la tutelle.

Cette obligation légale, le tuteur pourrait-il être dispensé de la remplir par le testament du *decurus*? La négative est certaine. Les lois qui établissent des garanties au profit des

incapables sont des lois d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger. Art. 6.

L'inventaire doit être dressé par un notaire, dans les formes déterminées par les art. 941 et suiv., c. p. c. Le subrogé-tuteur y est le contradicteur obligé du tuteur.

La nature même des choses veut que l'inventaire se fasse immédiatement. Un inventaire tardif ne serait plus une garantie. Le tuteur qui ne fait pas dresser l'inventaire dans le délai légal ou le subrogé-tuteur qui néglige d'y assister, peuvent être destitués. Art. 444. En outre, conformément au droit commun consacré par les art. 1415, 1442 et 1504, la consistance et la valeur du mobilier non inventorié pourront être constatées contre le tuteur par la preuve par commune renommée. P. 1887, II, 29.

605. Pendant les opérations de l'inventaire, avant de procéder au dépouillement des papiers, le notaire doit requérir le tuteur de déclarer s'il lui est dû quelque chose par le mineur. Mention doit être faite au procès-verbal de la réquisition, ainsi que de la réponse du tuteur. Le tuteur qui ne déclare pas sa créance, lorsqu'il la connaît, en est déchu de plein droit. Art. 451, al. 2. Cette disposition a pour but de mettre le pupille à l'abri du danger de devoir payer une seconde fois, une dette déjà acquittée; elle empêche le tuteur de faire revivre frauduleusement quelque créance, lorsqu'il s'aperçoit par les constatations de l'inventaire que les preuves du remboursement manquent ou sont insuffisantes.

La déclaration prescrite par notre texte ne doit être faite que sur la réquisition du notaire. Si donc ce dernier négligeait d'interpeller le tuteur, celui-ci n'encourrait aucune déchéance, mais le notaire serait responsable de sa négligence, tant au point de vue civil qu'au point de vue disciplinaire. La déclaration doit être provoquée au début de l'inventaire, à un moment où le tuteur ignore encore ce que l'on trouvera dans les papiers du pupille.

La non-déclaration entraîne déchéance de la créance. Le tuteur pourrait évidemment se faire relever de la déchéance prononcée par la loi, s'il démontrait qu'au moment de

l'inventaire il avait une juste cause d'ignorer sa qualité de créancier.

II. — *De la vente du mobilier du mineur.*

A. — *Des règles générales de l'art. 452.*

606. Dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur doit faire vendre, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier public et après des affiches dont le procès-verbal de vente doit faire mention, tous les meubles corporels autres que ceux que le conseil de famille l'a autorisé de conserver en nature. Le but de l'art. 452 est d'assurer au mineur la somme la plus considérable de revenus; il fait convertir en un capital qui sera placé à intérêts des biens qui sont improductifs de leur nature, le plus souvent dispendieux à conserver, et toujours susceptibles de se détériorer ou de se perdre pendant la tutelle.

Le mot *meubles* employé par notre texte comprend *tout* le mobilier *corporel* du mineur, mais uniquement celui-là. L'esprit manifeste de l'article commande cette interprétation.

Il résulte du texte même de l'art. 452 que ce n'est pas une faculté qu'il accorde au tuteur, c'est un devoir qu'il lui impose. Le tuteur n'a donc besoin d'aucune autorisation pour faire procéder à la vente.

607. L'art. 452 admet une exception à la règle que les meubles corporels doivent être vendus; le conseil de famille peut autoriser le tuteur à conserver certains meubles en nature. Il peut y avoir, en effet, un intérêt de famille ou d'affection, ou même un intérêt pécuniaire à garder tel ou tel meuble.

L'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur, non pour vendre, mais pour conserver. Le tuteur n'a pas le droit de se servir pour son usage personnel des meubles qu'il est autorisé à conserver.

Le tuteur qui, sans autorisation du conseil de famille, n'a point satisfait à l'obligation de faire vendre le mobilier

corporel, doit compte de tout le préjudice que sa négligence peut causer au mineur. Art. 450, al. 2.

B. — *Des règles spéciales de l'art. 453.*

608. L'obligation de vendre les meubles n'existe pas dans toute tutelle. Le survivant des père et mère, tant qu'il a la jouissance légale des biens du mineur, est dispensé de vendre les meubles, s'il préfère les garder pour les remettre en nature. Cette dispense est attachée à la qualité d'usufruitier qui appartient alors au tuteur; l'usufruitier a droit à la jouissance en nature des choses sur lesquelles porte son usufruit.

Lorsqu'il veut user de cette faculté, il est tenu de faire faire, à ses frais, une estimation à juste valeur par un expert nommé par le subrogé-tuteur et qui prête serment devant le juge de paix. Cette estimation peut paraître superflue, puisque les meubles ont déjà été estimés dans le procès-verbal d'inventaire. Art. 943, 3^e, c. p. c.

L'exception établie par l'art. 453 existe seulement tant que le survivant des père et mère a la jouissance légale des biens de l'enfant. Lorsqu'il n'a pas ou qu'il n'a plus cette jouissance, on rentre dans le droit commun de l'art. 452.

Il semble résulter de l'art. 453 que le survivant des père et mère devra toujours rendre, à la fin de son usufruit, la valeur estimative de tous ceux des meubles qu'il ne pourra représenter en nature. La formule de l'article est trop absolue; les mots *et qui auraient péri par sa faute* doivent être sous-entendus dans le texte, en vertu du principe consacré par les art. 589 et 1302.

III. — *Du budget de la tutelle et de certaines règles de gestion à fixer par le conseil de famille.*

A. — *Des règles générales de nos art. 454, 455, 456 et 470, et des art. 55 et suiv. de la loi hypothécaire.*

609. Le tuteur doit faire régler le budget de la tutelle par le conseil de famille. Il doit en outre faire déterminer par ce conseil certaines règles de gestion de la tutelle.

610. Le règlement du budget de la tutelle comprend :

1° La fixation approximative de la somme à laquelle pourront s'élever annuellement les dépenses d'entretien et d'éducation du pupille. La fortune du mineur est un élément dont il faut tenir compte pour la fixation des dépenses, mais ce n'est pas le seul. Art. 454, al. 1^{er}.

2° La fixation approximative du montant annuel des frais de gestion du patrimoine du mineur et la décision du point de savoir si le tuteur pourra se faire aider dans sa gestion par des administrateurs, gérant sous sa responsabilité et rétribués aux frais du mineur. Art. 454, al. 1^{er} et 2.

Aucun texte n'autorise le conseil de famille à allouer une rémunération quelconque au tuteur.

611. Les diverses règles de gestion à fixer par le conseil de famille concernent :

1° L'obligation de faire emploi de l'excédent des ^orevenus sur les dépenses. Art. 455 et 456.

Le tuteur doit faire déterminer par le conseil la somme à partir de laquelle il sera tenu de faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses. Quand le tuteur a satisfait à cette obligation, il n'est tenu au placement de l'excédent que lorsqu'il atteint le chiffre fixé; sinon, il doit placer tout excédent de recettes, quelque minime qu'en soit le montant. Dans l'une et l'autre hypothèse, il jouit pour effectuer les placements qu'il est tenu de faire, d'un délai de six mois, passé lequel il doit personnellement les intérêts des sommes dont il n'a pas fait emploi. D. 1891, II, 357. Il est d'ailleurs bien entendu que lorsque le tuteur a employé les deniers pupillaires à son usage, il en doit toujours immédiatement les intérêts, car, en définitive, il en a fait le placement sur lui-même. Art. 1996.

2° Le mode d'emploi des capitaux et des revenus capitalisés. Art. 55 et suiv. de la loi hypothécaire.

En principe, le tuteur est complètement libre dans le placement des deniers pupillaires; il en fait l'emploi, sous sa responsabilité personnelle, de la manière qui lui paraît la plus avantageuse pour le mineur. J. T. 1890, p. 853. Ce

système du Code expose aux plus grands dangers le patrimoine mobilier du pupille; qu'importe que la responsabilité du tuteur soit sérieuse, si sa solvabilité est illusoire? On a vu des tuteurs jouer à la bourse avec les capitaux de leurs pupilles!

Les art. 55 à 58 de la loi hypothécaire n'ont modifié ce système que d'une manière bien imparfaite. Ces articles prévoient deux cas, celui où le tuteur ne possède pas d'immeubles et celui où les immeubles qu'il possède sont insuffisants pour répondre de la totalité de sa gestion. Dans ces hypothèses, ils confèrent au conseil de famille la *faculté* d'ordonner que les capitaux du mineur soient versés à la caisse des dépôts et consignations.

Lorsque le conseil croit devoir prescrire la consignation des capitaux, il a la faculté d'ordonner qu'elle sera effectuée à la diligence du subrogé-tuteur ou d'un membre du conseil délégué à cet effet. Le subrogé-tuteur ou le membre délégué est alors tenu de veiller à l'exécution de la délibération. Il aurait incontestablement qualité pour actionner le tuteur en justice, si celui-ci tardait à effectuer la consignation.

Une fois les deniers pupillaires consignés, le tuteur ne peut plus les retirer à son gré. Pour les faire sortir de la caisse des dépôts et consignations, il a besoin de l'autorisation du conseil de famille, et cette autorisation ne lui est valablement donnée que si elle fixe l'emploi à faire des capitaux de l'une des manières énoncées limitativement par l'art. 57. Le tuteur doit produire au conservateur des hypothèques, qui est l'agent de la caisse des consignations, l'expédition de la délibération du conseil. Il appartient au conservateur d'examiner si la délibération satisfait aux prescriptions de la loi. Mais il n'a rien de plus à demander au tuteur. Il excéderait son droit s'il se préoccupait de l'exécution de la délibération, exécution qui n'est d'ailleurs possible qu'après la remise des fonds.

3° La remise d'états de situation au subrogé-tuteur et au conseil de famille. Art. 470. Art. II de la loi hypothécaire.

Le conseil de famille peut prescrire au tuteur de remettre

chaque année, à date fixe, un état de situation de sa gestion au subrogé-tuteur. Le conseil peut exiger de plus que semblable compte partiel de gestion lui soit rendu à certaines époques déterminées.

B. — *Des exceptions relatives à la tutelle légale du père ou de la mère.*

612. Le survivant des père et mère n'est pas soumis à l'obligation de faire régler le budget de la tutelle par le conseil de famille. Art. 454. L'expression *tutelle des père et mère* de cet article ne désigne que la tutelle légale proprement dite des père et mère; elle ne comprend pas la tutelle de la mère remariée *et de son mari* dans le cas des art. 395 et 396; cette tutelle est assurément dative, tout au moins en ce qui concerne le mari. B. J. 1888, p. 459.

613. Les diverses règles de gestion dont il s'agit à nos art. 455, 456 et 470 et aux art. 55 à 58 de la loi hypothécaire, sont-elles applicables au survivant des père et mère?

Le survivant des père et mère ne peut être gêné dans son droit de jouissance légale par l'application des art. 455 et 456, ni par celle des art. 55 et 56 de la loi hypothécaire. L'art. 62 de cette loi prend soin de réserver au tuteur les droits que les art. 384 et suiv. lui confèrent.

Le survivant des père et mère ne peut être astreint à fournir des états de situation au subrogé-tuteur et au conseil de famille. Art. 470.

Ces deux exceptions faites, il faut décider que le survivant des père et mère reste soumis aux dispositions des art. 455 et 456, aussi bien qu'à celles des art. 55 et 56 de la loi hypothécaire, quant aux capitaux et aux revenus dont il n'a pas la jouissance. Le silence du Code et de la loi hypothécaire est décisif. Il n'y a pas de raison spéciale pour sous-entendre, dans les art. 455 et 456, l'exception établie par l'art. 454 en faveur des père et mère. Il importe peu que la loi ne comprenne pas nommément les père et mère dans les art. 455 et 456 comme elle a soin de le faire dans l'art. 457; c'est là une induction insuffisante pour faire admettre une exception qui n'aurait aucun motif raisonnable.

SECTION 2^e. — De l'éducation du mineur.

Art. 450, al. 1^{er}.

614. Le tuteur n'a pas toujours des pouvoirs sur la personne de son pupille. C'est seulement quand les père et mère du mineur sont décédés que le tuteur est chargé de prendre soin de la personne de l'enfant; ses droits et ses devoirs sont réglés alors par les art. 450, al. 1^{er}, et 468.

En principe, c'est au tuteur seul qu'il appartient de prendre soin de la personne du mineur, c'est-à-dire de diriger son éducation physique, intellectuelle et religieuse. Art. 450, al. 1^{er}. Pour remplir cette mission, il est investi du droit de garde et de correction. Mais il ne peut jamais user du droit de correction qu'après s'y être fait autoriser par le conseil de famille et, même ainsi autorisé, il ne lui est permis d'agir que par voie de réquisition. Art. 468.

615. Aucun texte n'astreint le tuteur à suivre les instructions que le conseil de famille lui tracerait sur la direction de la personne du pupille. Ce n'est pas à dire que le pouvoir du tuteur de diriger l'éducation du mineur soit absolu. Le tuteur se trouve soumis au contrôle des tribunaux; ceux-ci peuvent toujours réprimer les abus qui mettraient en péril les véritables intérêts de l'enfant. Ce qui est vrai pour le père est vrai pour le tuteur, puisque la puissance tutélaire, suivant l'expression de Pothier, est semblable à la puissance paternelle, qu'elles sont établies, l'une et l'autre, uniquement en faveur de l'enfant. B. J. 1887, p. 129; P. 1888, I, 241.

SECTION 3^e. — Du principe que le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils et des restrictions qui y sont apportées.

§ 1^{er}. — DE L'ÉTENDUE DU PRINCIPE.

616. Le premier des articles que le Code consacre à l'administration du tuteur commence ainsi : le tuteur prendra soin de la personne du mineur et *le représentera dans tous les actes civils*. Art. 450, al. 1^{er}.

Un grand principe se dégage de ce texte, c'est que le tuteur possède, en vertu de la mission qui lui est confiée, et en l'absence de dispositions contraires, le pouvoir de faire seul, sans formalités spéciales et sous sa simple responsabilité, tous les actes nécessaires ou utiles à la conservation, à la mise en rapport et à l'augmentation du patrimoine du pupille. Les seuls actes qui lui soient interdits de plein droit, en vertu de leur nature même, sont ceux qui doivent avoir pour résultat de diminuer le patrimoine du mineur sans compensation ou retour. A l'égard des actes à titre onéreux, la capacité du tuteur est la règle, son incapacité l'exception. *Tutor qui, tutelam gerit, ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet.*

Ce principe n'est pas universellement reconnu. Certains auteurs enseignent, au contraire, que le tuteur n'est capable, en général, que des actes d'administration. Pour tous les autres actes, il devrait être habilité tout au moins par le conseil de famille, parfois même il devrait l'être en outre par le tribunal. Ce système n'est pas seulement contraire à la disposition initiale de notre matière, il est encore en opposition avec toute l'économie des art. 450 à 468. Ces diverses dispositions qui sont relatives aux pouvoirs du tuteur, sont toutes rédigées sous une forme négative ou restrictive. La loi ne dit pas, dans ces articles, ce que le tuteur peut faire seul et sans l'observation d'aucune formalité; elle dit seulement ce qu'il ne peut faire qu'à la condition d'une autorisation, ou moyennant l'accomplissement de certaines solennités.

En vain, disent Aubry et Rau, voudrait-on inférer du second alinéa de l'art. 450, que le législateur a pris pour point de départ de ses dispositions la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition. Il est certain qu'en disant : *il administrera ses biens en bon père de famille*, le législateur a eu en vue non de déterminer les pouvoirs du tuteur, mais bien de caractériser sa mission et d'indiquer la manière dont il doit la remplir. Autre est l'objet du premier alinéa, autre est celui du second.

L'application la plus importante de notre principe, se

présente en matière d'actes d'aliénation de meubles incorporels, tels que rentes, créances, actions de sociétés, droits d'auteur, etc. A notre avis, le pouvoir du tuteur de disposer à titre onéreux de cette partie de la fortune du mineur ne subit d'autres restrictions que celles qui résultent des textes qui seront indiqués ci-après. La fortune mobilière du mineur réclame, sans doute, la même protection et devrait jouir des mêmes garanties que son avoir immobilier. Mais ce n'est pas à l'interprète qu'il appartient de compléter l'œuvre du législateur. La lacune du Code s'explique par la tradition et par l'état économique du commencement du siècle. *Vilis mobilium possessio*. P. 1852, I, 475; 1854, II, 310. Sirey, 1873, I, 441.

617. Le tuteur ne peut, ni directement ni indirectement, disposer à titre gratuit des biens quels qu'ils soient, meubles ou immeubles, du mineur. Ce n'est pas là une exception à notre principe; les actes à titre gratuit ne sont pas compris dans la disposition de l'art. 450 al. 1^{er}, parce qu'ils sont de leur nature même en contradiction absolue avec le caractère de l'institution de la tutelle (*tueri*) et le but qu'elle est destinée à réaliser. Il suffit donc qu'aucun texte n'autorise le tuteur à faire des libéralités pour qu'il n'en ait pas le pouvoir.

Il suit de cette règle que le tuteur ne peut pas faire une remise de dette, renoncer à une prescription accomplie, donner main-levée d'une inscription hypothécaire avant le paiement de la créance garantie par cette inscription, etc.

Toutefois, il est permis au tuteur de faire, au nom du mineur, des présents modiques qui, d'après les usages du monde, constituent moins des libéralités que des dettes de bienséance.

618. Les pouvoirs du père ou de la mère mineurs appelés à la tutelle de leur enfant ne sont guère aussi étendus que ceux d'un tuteur ordinaire. Ils n'ont sur le patrimoine de leur enfant que les pouvoirs restreints qu'ils ont sur leur propre patrimoine en qualité de mineurs émancipés par le mariage. Arg. à *fortiori* des art. 482 et suiv.

§ 2^e. — DES RESTRICTIONS APPORTÉES AU PRINCIPE DE
L'ART. 450, AL. 1^{er}, EN MATIÈRE JUDICIAIRE.

Art. 464 et 465.

619. Le tuteur ne peut, sans l'autorisation du conseil de famille, introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits.

Il ne peut non plus, sans la même autorisation, introduire en justice une action en partage, quelle que soit la cause de l'indivision, et quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des biens indivis. P. 1888, II, 386.

On admet généralement que le tuteur ne peut intenter les actions morales dont le mineur est investi, et notamment les actions relatives à son état, sans l'autorisation du conseil de famille. Cette solution se fonde sur un argument *à fortiori* tiré de l'art. 464 et sur les art. 175 et 468.

Lorsque le tuteur a, sans l'autorisation du conseil de famille, introduit une demande pour laquelle cette autorisation était requise, la partie adverse peut refuser de procéder avec lui, jusqu'à ce qu'il l'ait obtenue. B. J. 1880, p. 1566.

620. Le tuteur peut, sans être autorisé, intenter les actions mobilières, sauf l'action en partage, et les actions possessoires appartenant au mineur.

Il peut toujours, sans l'autorisation du conseil de famille, défendre à toutes les actions dirigées contre le mineur, même aux actions pour l'introduction desquelles il a besoin de cette autorisation.

§ 3^e. — DES RESTRICTIONS APPORTÉES AU PRINCIPE DE
L'ART. 450, AL. 1^{er}, EN MATIÈRE EXTRAJUDICIAIRE.

I.—*De la réception des créances non exigibles pendant la tutelle.*

Art. 61 de la loi hypothécaire.

621. Le tuteur ne peut, sans l'assistance du subrogé-tuteur, recevoir le remboursement des créances non exigibles par leur nature, c'est-à-dire des rentes, et des créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille.

Le subrogé-tuteur est spécialement tenu de veiller à ce que les capitaux remboursés soient immédiatement versés dans une caisse publique, à moins que le conseil de famille n'autorise le tuteur, soit à en faire emploi selon l'un des modes énumérés par l'art. 57 de la loi hypothécaire, soit à les conserver et à les faire valoir lui-même sous sa responsabilité.

La condition à laquelle la loi subordonne le pouvoir de recevoir les capitaux non exigibles pendant la tutelle, est imposée à tous les tuteurs sans distinction, même à celui qui a fourni des sûretés hypothécaires, même au survivant des père et mère usufruitier légal. Arg. de l'art. 62.

En principe, l'intervention du subrogé-tuteur à la quittance donnée par le tuteur, suffit pour que le débiteur soit libéré. On verra plus loin qu'il peut en être autrement dans certains cas particuliers, à l'égard du paiement d'un prix de vente ou de licitation, ou d'une soulte de partage.

II. — *Des baux des biens du mineur.*

Art. 1718.

622. Le tuteur ne peut pas consentir des baux de plus de neuf années. Ceux qu'il consent pour un temps plus long sont réductibles dans leur durée. La loi les fractionne en périodes de neuf années chacune, et elle permet au locataire ou fermier de terminer la période commencée au moment où la tutelle prend fin.

Le tuteur ne peut renouveler les baux des maisons plus de deux ans avant l'expiration du bail courant et les baux des biens ruraux plus de trois ans avant la même époque. Les baux qui auraient été renouvelés plus tôt ne seraient pas obligatoires pour le mineur ou ses héritiers, à moins que leur exécution n'eût commencé avant la cessation de la tutelle.

III. — *De l'acceptation et de la répudiation des successions.*

Art. 461 et 776, al. 2 (1).

623. Le tuteur ne peut ni accepter une succession échue au mineur, ni y renoncer, sans l'autorisation du conseil de famille. Il ne peut jamais accepter que sous bénéfice d'inventaire dans la forme tracée par l'art. 793. J. T. 1891, p. 670.

On comprend que l'acceptation pure et simple soit absolument interdite au tuteur; la succession pourrait être obérée et le pupille se trouverait dans la nécessité de payer les dettes héréditaires *ultra vires hereditatis*. Art. 870 et 873. On s'explique aussi que le Code exige l'intervention du conseil de famille en ce qui concerne la renonciation; la succession pourrait être avantageuse. Art. 785.

Mais pourquoi la loi exige-t-elle que le tuteur soit autorisé à l'effet de formuler une acceptation, dès lors que cette acceptation ne peut être que bénéficiaire et n'obligera donc l'héritier à payer le passif que jusqu'à concurrence des biens recueillis? C'est que, malgré la disposition de l'art. 803, l'acceptation bénéficiaire d'une succession peut devenir très onéreuse pour l'héritier; elle l'oblige à rapporter à la masse les choses qui lui ont été données ou léguées par le défunt, à moins que le don ou le legs ne lui ait été fait avec dispense de rapport. Art. 843. Cela posé, on comprend que si le mineur a reçu comme donataire ou légataire sans dispense de rapport, une valeur supérieure à celle qu'il est appelé à recueillir en qualité d'héritier, il vaut mieux pour lui de renoncer à la succession que de l'accepter, même bénéficiairement.

IV. — *De l'acceptation des donations.*

Art. 463 et 935.

624. Le tuteur ne peut accepter une donation faite au mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. L'art. 463

(1) La disposition de l'art. 462 est inutile en présence de la disposition générale de l'art. 790.

ne distingue pas entre la donation entre vifs et la donation testamentaire; il suit de là que l'autorisation du conseil est nécessaire au tuteur même pour accepter un simple legs particulier. La loi veut toujours que la famille soit mise à même d'apprécier les motifs d'une libéralité faite au mineur et qu'elle puisse la refuser si la délicatesse ou l'honneur le commande.

Par exception, l'art. 935 permet au père, à la mère ou à tout ascendant, lors même qu'il n'est pas tuteur, d'accepter sans autorisation du conseil, des libéralités offertes au mineur.

V. — *De l'aliénation et de la conversion en titres au porteur d'inscriptions de rentes nominatives sur l'Etat.*

Art. 19 et 20 de l'arrêté du 22 novembre 1875.

625. Pour les inscriptions qui n'excèdent pas ensemble 50 francs de revenu annuel, le tuteur ne peut les aliéner ou les convertir en titres au porteur, sans l'assistance du subrogé-tuteur. Pour les inscriptions dont le revenu annuel dépasse 50 francs, l'aliénation ou la conversion en titres au porteur ne peut être faite par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

L'arrêté de 1875 a placé la conversion en titres au porteur sur la même ligne que l'aliénation, parce qu'elle offre le même danger pour le pupille.

L'arrêté de 1875 a force légale en vertu de la délégation qui avait été donnée au gouvernement par la loi du 16 juin 1868. P. 1883, II, 255.

VI. — *De l'emprunt et de l'hypothèque.*

Art. 457 et 458.

626. Le tuteur ne peut contracter un emprunt pour le compte du mineur, sans une autorisation du conseil de famille homologuée par justice. Cette autorisation ne doit être accordée que sous les conditions déterminées par les al. 2 et 3 de l'art. 457. Il appartient d'ailleurs au conseil

de famille et au tribunal de régler le mode et les conditions de l'emprunt. Art. 457, al. 4.

Les mêmes règles sont applicables à l'hypothèque. L'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seraient nécessaires, dans le cas même où il s'agirait de constituer une hypothèque pour la garantie d'un emprunt que le tuteur aurait déjà été autorisé à contracter.

627. Plusieurs auteurs soutiennent que le tuteur n'a point le pouvoir de faire des acquisitions à crédit, sans autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal. Ils considèrent toute acquisition à crédit, même d'immeubles, comme un emprunt déguisé que l'on fait au vendeur, au lieu de le faire à un tiers.

Qu'on soutienne qu'un achat de meubles peut déguiser un emprunt, cela se comprend, vu la facilité de les convertir en argent. Mais cette considération est sans application possible lorsqu'il s'agit d'un immeuble que le tuteur ne peut aliéner sans certaines autorisations. Et, en tout cas, de ce qu'un achat peut, en certaines circonstances, déguiser un emprunt, il ne suit certes pas que tout achat à crédit soit un emprunt indirect. D. 1886, II, 134. B. J. 1888, p. 425.

VII. — *De l'échange d'immeubles.*

Art. 457 et 458.

628. Le tuteur ne peut consentir l'échange d'un immeuble que sous les conditions indiquées aux art. 457 et 458. Il est à remarquer, en effet, que l'art. 457, al. 1^{er}, parle non seulement de la vente, mais de toute aliénation à titre onéreux.

Dans l'état actuel de la législation, le juge de paix ne doit pas intervenir à l'acte d'échange d'un immeuble appartenant à un mineur. La loi du 12 juin 1816 ne concerne pas les échanges.

VIII. — *De la vente volontaire d'immeubles.*

Art. 457, 450 et loi du 12 juin 1816.

629. Le tuteur ne peut vendre les immeubles du mineur qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille, homo-

loguée par le tribunal. L'autorisation ne peut être accordée que sous les conditions indiquées aux al. 2 et 3 de l'art. 457. La délibération du conseil, portant autorisation de vendre, doit indiquer les immeubles qui seront aliénés de préférence. Le conseil et le tribunal ont le pouvoir de déterminer toutes les clauses de la vente. Art. 457, al. 4.

Le tribunal est appréciateur souverain des garanties que réclame l'intérêt du mineur; il peut mettre à l'autorisation de vendre telle condition qu'il lui plaît. Il peut stipuler que le prix ne sera exigible qu'à la majorité du pupille, et il rend ainsi applicable l'art. 61 de la loi hypothécaire; il peut prescrire au tuteur un mode spécial de emploi, et stipuler que l'acquéreur ne sera valablement libéré que par l'accomplissement du emploi; il peut encore ordonner que le prix sera versé *par l'acquéreur* à la caisse des consignations et y demeurera tant que le conseil de famille n'aura pas statué sur une autre destination à donner aux deniers. *Mon. not.*, 1872, p. 233.

630. La vente doit se faire dans le canton où la succession est ouverte, ou dans le canton désigné par le jugement d'homologation. Art. 2 et 5 de la loi du 12 juin 1816 ⁽¹⁾.

Elle doit avoir lieu aux enchères publiques, en présence du tuteur et du subrogé-tuteur, par le ministère du notaire désigné par le tribunal, et sous la présidence du juge de paix. Art. 459. Art. 2, § 4, et art. 8 de la loi du 12 juin 1816. L'art. 2, § 4, exige positivement que la vente se fasse en présence du subrogé-tuteur; il n'ajoute pas les mots *ou lui dûment appelé*. Aucune loi ne permet au tribunal de commettre un notaire aux fins de représenter le subrogé-tuteur qui se montrerait récalcitrant. B. J. 1891, p. 93.

L'art. 7 de la loi de 1816 charge le juge de paix de veiller à ce que dans la vente il ne se fasse rien au préjudice des intérêts du mineur; il lui donne le pouvoir de faire surseoir

(1) Lorsque l'immeuble est situé en pays étranger, le tribunal peut, si l'intérêt du mineur l'exige, ordonner que l'immeuble sera vendu à l'étranger, dans les formes prescrites par la loi de ce pays pour la vente de biens de mineurs. P. 1887, II, 303.

à la vente, non seulement lorsqu'il s'aperçoit de quelque fraude ou collusion, mais encore lorsqu'il a des raisons de croire que les offres des amateurs n'atteignent pas la valeur de l'immeuble exposé en vente. Art. 5 de l'arrêté du 12 septembre 1822.

631. En principe, lorsqu'un immeuble du mineur est sujet à expropriation pour cause d'utilité publique, le tuteur ne peut en consentir la cession amiable à l'expropriant, sans remplir les formalités des art. 457 et 458 et de la loi du 12 juin 1816. C'est que jusqu'au jour du jugement déclarant les formalités préliminaires de l'expropriation accomplies, le propriétaire conserve la libre et entière disposition de son immeuble ; s'il accepte les offres amiables de l'expropriant, il conclut une véritable vente volontaire. B. J. 1888, p. 366.

Il y a cependant un moyen juridique de tourner la difficulté. Que l'expropriant commence la poursuite en expropriation ; qu'il formule une offre d'indemnité en fournissant les documents exigés par l'art. 7 de la loi de 1835 ; dès le moment où la procédure se trouvera ainsi engagée, il suffira au tuteur de l'autorisation du conseil de famille pour qu'il devienne habile à consentir la cession amiable. Cette cession pourra se réaliser, en effet, sous la forme d'un acquiescement aux conclusions de l'expropriant. Art. 464.

IX. — *De la licitation d'immeubles.*

Loi du 12 juin 1816.

632. Lorsqu'un immeuble appartient par indivis à un mineur et à des majeurs et que la licitation en est demandée, il faut distinguer si c'est le tuteur qui demande la licitation contre les majeurs ou si ce sont les majeurs qui veulent sortir d'indivision.

La première hypothèse est très simple : le tuteur y intente l'action en partage ; il doit donc être muni de l'autorisation du conseil de famille selon la prescription de l'art. 464. Si le tribunal saisi de sa demande reconnaît que l'immeuble n'est

pas commodément partageable, il en ordonne la licitation dans les formes de la loi du 12 juin 1816.

Dans la seconde hypothèse il faut faire une nouvelle distinction. Il faut distinguer le cas où tous les copropriétaires majeurs et le tuteur sont d'accord pour faire liciter l'immeuble, et le cas où les copropriétaires majeurs ne sont pas d'accord entre eux ou avec le tuteur.

L'art 2, § 3, de la loi du 12 juin 1816 détermine la procédure à suivre dans le premier cas pour arriver à la licitation de l'immeuble. Le tribunal est saisi par une simple requête des majeurs; le tuteur déclare qu'il s'en rapporte à la sagesse du tribunal; l'officier du ministère public donne son avis; enfin, le tribunal rend, s'il y a lieu, un jugement d'autorisation. La licitation s'opérera alors en vertu d'un acte de juridiction gracieuse.

Si les copropriétaires majeurs ne sont pas d'accord entre eux ou avec le tuteur, ceux des majeurs qui veulent faire procéder à la vente doivent saisir le tribunal par voie d'ajournement. Le tribunal rend, s'il y échet, un jugement de condamnation; il enjoint aux défenseurs d'être présents à la vente; il ordonne qu'il y sera procédé tant en leur absence qu'en leur présence, après sommation préalable. La licitation s'opérera alors en exécution d'un acte de juridiction contentieuse.

633. Les art. 1 et 9 de la loi du 12 juin 1816 disposent que les licitations dans lesquelles des mineurs sont intéressés doivent toujours être faites dans les formes réglées par l'art. 2, § 4, et les art. 5, 7 et 8 de la même loi.

D'après l'art. 2, § 4, la vente doit se faire par le ministère du notaire désigné par le tribunal, en présence du tuteur et du subrogé-tuteur, sous la présidence du juge de paix. Quid si le tuteur ou le subrogé-tuteur se montre récalcitrant? Il importe de distinguer deux hypothèses.

Si la vente n'est poursuivie qu'en vertu d'un simple jugement d'autorisation, elle ne peut avoir lieu qu'en présence du tuteur et du subrogé-tuteur. Il n'y a alors aucune raison de s'écarter de la disposition de l'art. 2.

Si, au contraire, la vente est poursuivie en vertu d'un jugement de *condamnation* où le tuteur a figuré comme défendeur, son opposition ou celle du subrogé-tuteur ne peut paralyser l'exécution du jugement. L'autorité de la justice supplée alors au défaut de leur consentement. L'application littérale de l'art. 2 aboutirait en ce cas à reconnaître au tuteur et au subrogé-tuteur le moyen d'empêcher les majeurs de sortir d'indivision et d'arrêter l'exécution d'une décision judiciaire rendue en matière contentieuse. J. Liège, 1892, p. 25.

X. — *Des liquidations et partages.*

Loi du 12 juin 1816.

634. Les liquidations et partages dans lesquels des mineurs sont intéressés doivent se faire dans les formes réglées par l'art. 9 de la loi du 12 juin 1816.

Ces formes doivent être suivies quelle que soit la cause de l'indivision, succession, communauté ou société, et quelle que soit la nature des biens indivis, meubles ou immeubles.

Ces formes doivent encore être suivies lorsque les biens indivis ont été convertis en numéraire par licitation préalable et qu'il reste à procéder à la liquidation, c'est-à-dire aux comptes que les cointéressés peuvent se devoir et au partage des deniers.

635. Le notaire qui doit procéder au partage est choisi par les intéressés ou nommé par le tribunal. Le partage doit se faire sous la présidence du juge de paix du canton où la succession s'est ouverte. S'il s'agit de biens qui ne proviennent pas d'une succession, le partage doit se faire devant le juge de paix de la situation des biens.

La mission du notaire n'est pas de constater par acte authentique un partage déjà fait par les parties, mais de procéder par lui-même à la confection du projet de partage.

Le juge de paix doit contrôler toutes les opérations du partage. Il doit veiller particulièrement à ce que les lots soient dûment formés et, en général, à ce que les intérêts du mineur soient convenablement observés. Art. 5 de l'arrêté du

12 septembre 1822. Lorsque des contestations s'élèvent entre les parties, le juge de paix doit les renvoyer au tribunal; la loi ne lui attribue ici aucune juridiction contentieuse.

L'art. 9 dit que le partage doit se faire en présence du tuteur, du subrogé-tuteur et des tuteurs spéciaux. Ces derniers mots font allusion aux tuteurs *ad hoc* qu'il y a lieu de nommer lorsque les mineurs soumis à la même tutelle ont des intérêts opposés dans le partage.

Quand il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, le tuteur doit être remplacé par le subrogé-tuteur et celui-ci doit être remplacé de son côté par un subrogé-tuteur *ad hoc*. P. 1891, II, 254.

636. Le partage dans lequel les formes légales n'ont pas été observées, n'est considéré que comme provisionnel. Art. 466. On appelle partage provisionnel celui qui ne fait cesser l'indivision que quant à la jouissance.

XI. — *De la transaction.*

Art. 467.

637. Le Code ne se contente pas pour le contrat défini par l'art. 2044 de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal; il exige, en outre, que la délibération du conseil soit conforme à l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi.

Les formalités prescrites par l'art. 467 sont toujours nécessaires, quel que soit l'objet de la transaction, aussi bien en matière mobilière qu'en matière immobilière.

XII. — *Du compromis.*

638. Il est un acte à titre onéreux dont la passation est interdite au tuteur d'une manière absolue : le compromis. On désigne sous ce nom le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes qui ont entre elles un différend conviennent de faire juger ce différend par des arbitres au lieu de le porter devant les tribunaux. Art. 1004 c. p. c.

XIII. — *De la continuation du commerce des parents du mineur.*

639. Quand les parents du mineur faisaient le commerce, se pose la question de savoir s'il faut liquider les entreprises dans lesquelles ils étaient engagés, ou continuer les affaires, au nom et pour le compte du mineur. La solution doit dépendre des circonstances : ce sera tantôt l'un, tantôt l'autre parti qui offrira le plus d'avantages et qui devra être préféré. Est-ce la liquidation ? On appliquera les prescriptions des art. 452, 457 et 458 relatifs à l'aliénation des biens pupillaires. Est-ce la continuation ? On se conformera aux règles tracées par l'art. 8 de la loi du 15 décembre 1872. (Renvoi au cours de droit commercial.)

§ 4°. — DE L'EFFET DES ACTES PASSÉS PAR LE TUTEUR AU NOM DU MINEUR ET DES ACTES PASSÉS PAR LE MINEUR LUI-MÊME.

640. Si l'acte a été fait par le tuteur avec les conditions et les formes exigées par la loi, cet acte oblige le mineur valablement représenté, comme s'il eût fait lui-même en majorité. Art. 466, 840 et 1314. La seule action que le mineur puisse avoir dans ce cas, c'est une action en dommages-intérêts contre son tuteur, s'il y a eu de la part de celui-ci une faute préjudiciable. Art. 450, al. 2.

Si l'acte a été fait par le tuteur sans les conditions ou les formes prescrites par la loi, cet acte est non pas inexistant mais seulement nul de droit. Il ne faut pas confondre les formes *habilitantes*, c'est-à-dire les formalités que la loi exige pour la *validité* de certains actes juridiques qui concernent les personnes incapables, avec les formes *solennelles*, c'est-à-dire les formalités que la loi exige pour l'*existence* de certains actes juridiques qui ne peuvent s'accomplir selon les seules règles du droit commun sur les manifestations de volonté.

La nullité de l'acte est relative; le pupille ou ses représentants peuvent seuls l'invoquer. La nullité est de droit ; elle doit être prononcée dès que les conditions ou les formes

légales n'ont pas été respectées, sans que le pupille ait à justifier d'un préjudice quelconque. L'action en nullité dure dix ans qui commencent à courir du jour de la majorité. Art. 1125 et 1304.

641. On suppose maintenant que le mineur a agi lui-même, sans aucune intervention du tuteur.

Si l'acte est de ceux que le tuteur lui-même ne peut accomplir sans l'observation de certaines conditions ou de formes particulières, cet acte est nul de droit. Il suffira au pupille ou à ses représentants de demander l'annulation de l'acte pour que le tribunal doive la prononcer.

Si l'acte est de ceux que le tuteur peut accomplir librement et sans aucune formalité, cet acte n'est pas nul de droit; il n'est entaché de nullité que s'il est *lésionnaire* pour le mineur. *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus.* Art. 1305.

SECTION 4^e. — Des devoirs du tuteur, de sa responsabilité et des incapacités dont il est frappé.

642. Le tuteur doit administrer les biens du pupille en *bon père de famille*. Cette expression vient du droit romain, où l'idée de direction de biens se rattachait naturellement à celle de *paterfamilias*. Art. 450, al. 2.

Dans l'exercice de ses fonctions, il doit se préoccuper de deux choses : conserver le patrimoine du pupille; l'améliorer et l'augmenter par une gestion intelligente.

Il doit entretenir les biens en bon état de réparation, interrompre les prescriptions qui pourraient courir contre le pupille, poursuivre en temps opportun la rentrée des créances appartenant au pupille, assurer les biens contre les risques d'incendie, etc.

Il doit améliorer la position du pupille; de là, l'obligation d'éteindre les dettes avec les capitaux disponibles, d'organiser l'exploitation des biens de la façon la plus économique et la meilleure, d'assurer la perception et la vente des fruits, d'opérer le placement des capitaux et des revenus capitalisés, etc.

Les dispositions des art. 451, 452 et 453 sont applicables par analogie aux successions qui échoient au mineur pendant le cours de la tutelle.

On s'est demandé si les art. 455 et 456 s'appliquent non seulement à l'excédent des revenus sur les dépenses, mais encore aux capitaux en caisse lors de l'ouverture de la tutelle et aux capitaux reçus par le tuteur pendant le cours de la tutelle. L'affirmative est généralement admise, car il y a parité absolue de motifs. Le tuteur n'a donc l'obligation de faire emploi des petits capitaux remboursés pendant la durée de la tutelle que lorsque ceux-ci réunis atteignent le chiffre fixé par le conseil, et il jouit encore à partir de ce jour d'un délai de six mois pour en effectuer le placement.

643. Il ne suffit pas que le tuteur gère le patrimoine du pupille comme le sien propre, il faut qu'il le gère en bon père de famille; il répond des dommages-intérêts qui peuvent résulter d'une mauvaise gestion. Art. 450, al. 2.

Déterminer si le tuteur a commis une faute dans sa gestion, c'est l'œuvre des tribunaux qui jugeront la question d'après les faits et circonstances. D. 1888, II, 315. P. 1890, II, 197.

644. L'art. 450, al. 3, frappe le tuteur de certaines incapacités au regard du mineur, dont il gère les biens. Ces incapacités sont établies afin de prévenir le danger qu'il y aurait à ce que le tuteur fût placé entre son devoir et son intérêt.

1° Le tuteur ne peut acheter les biens meubles ou immeubles du pupille (comp. art. 1596). L'interdiction ne s'applique pas quand le tuteur est copropriétaire avec le mineur du bien exposé en vente. C'est que l'acquisition du tuteur s'opère alors, non plus par un achat proprement dit, mais par une opération de partage. Art. 883.

2° Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille. Le mot *cession* employé dans l'art. 450 signifie généralement une cession à titre onéreux. L'art. 450 ne fait pas obstacle à ce que le tuteur acquière valablement par succession, donation ou legs un droit ou une créance contre le mineur. Rien n'empêche également le tuteur de payer de ses deniers les dettes de son pupille en

se faisant subroger dans les droits du créancier. Art. 1249 et suiv.

3° Le tuteur ne peut pas prendre à ferme les immeubles du mineur. Mais le conseil de famille est maître de lever cette prohibition en autorisant le subrogé-tuteur à passer bail au tuteur.

CHAPITRE III. — DE LA CESSATION DE LA TUTELLE.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — Comment la tutelle cesse.

SECTION 2^e. — Du compte définitif du tuteur.

SECTION 3^e. — Du reliquat du compte.

SECTION 4^e. — Des traités relatifs au compte de tutelle entre le tuteur et le mineur devenu majeur.

SECTION 5^e. — De la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.

SECTION 1^{re}. — Comment la tutelle cesse.

645. La tutelle peut cesser soit du côté du pupille, soit du côté du tuteur. Lorsqu'elle prend fin *ex parte pupilli*, elle cesse d'une façon absolue et pour toujours (voyez toutefois l'art. 486). Lorsqu'elle prend fin *ex parte tutoris*, elle ne cesse que d'une manière purement relative. Elle est alors plutôt vacante qu'éteinte ; aussi la subrogée-tutelle continue-t-elle d'exister. Art. 424.

La tutelle prend fin *ex parte pupilli* par le décès du mineur, sa majorité ou son émancipation. Art. 476 et 488.

Dans tous les autres cas, elle ne prend fin qu'*ex parte tutoris*.

Que la tutelle cesse du côté du tuteur ou du côté du pupille, sa cessation a pour résultat de mettre fin aux pouvoirs du tuteur et d'obliger celui-ci à rendre compte de sa gestion.

646. Les pouvoirs du tuteur cessent de plein droit au moment où s'accomplit l'événement qui met fin à la tutelle. Mais il est presque impossible que l'heure qui voit s'accom-

plir l'événement dans lequel la tutelle prend fin, voie s'accomplir aussi, soudainement, la transmission et la remise effective de l'administration tutélaire. Il y a presque toujours un certain intervalle pendant lequel, même après la cessation de la tutelle, le tuteur ou ses représentants doivent encore gérer provisoirement les affaires de la tutelle expirée.

L'art. 419 impose textuellement cette obligation aux héritiers majeurs du tuteur décédé. Ils doivent continuer la gestion jusqu'à la nomination du nouveau tuteur. La même obligation incombe à plus forte raison au tuteur lui-même. Aussi doit-il continuer la gestion, soit en cas de décès du mineur, jusqu'à ce que ses héritiers aient pu la prendre, soit en cas de majorité ou d'émancipation du mineur, jusqu'à ce que le pupille ait pu lui-même s'en charger, soit enfin en cas d'excuse ou de destitution du tuteur lui-même, jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

Cette gestion imposée à l'ex-tuteur ou à ses héritiers ne présente pas les caractères d'une gestion tutélaire. La tutelle est *finie*, si le pupille est mort ou s'il est devenu majeur ou émancipé; la tutelle est *vacante*, s'il s'agit de tous autres événements. On ne peut donc pas appliquer à l'ex-tuteur ou à ses héritiers les principes qui régissent l'administration du tuteur. Leurs pouvoirs comme leurs obligations se restreignent aux actes conservatoires et aux actes d'administration qui présentent un caractère d'urgence. Arg. de l'art. 2010.

647. Lorsqu'un nouveau tuteur entre en fonctions, il n'est pas nécessaire qu'il fasse dresser un inventaire des biens du pupille. Le compte que le tuteur sortant de charge doit rendre établit suffisamment la consistance du *patrimoine* du pupille au regard du nouveau tuteur.

SECTION 2^e. — Du compte définitif de la tutelle.

Art. 469 et 471.

648. Tout tuteur est comptable de sa gestion.

Le compte doit être rendu à toute cessation de tutelle. Les tuteur et cotuteur ou leurs héritiers sont tenus de le pré-

senter. Si la tutelle a pris fin *ex parte pupilli*, le compte est rendu, suivant les cas, au mineur devenu majeur, au mineur émancipé assisté de son curateur, ou aux héritiers du mineur décédé. Si la tutelle n'a pris fin qu'*ex parte tutoris*, le compte est rendu au nouveau tuteur qui doit l'exiger sous sa responsabilité personnelle; il n'est pas nécessaire que le subrogé-tuteur assiste à la reddition du compte.

Le tuteur refuse-t-il de présenter son compte, on a contre lui une action en reddition de compte; cette action aboutira, ou bien à un compte dont le tuteur fournira les éléments, ou à une condamnation à des dommages-intérêts s'il n'est pas en état de les établir. L'ex-mineur ou ses représentants refusent-ils de recevoir le compte, le tuteur a action pour les y contraindre. Art. 527 à 552 c. p. c.

649. Le compte doit comprendre le détail des recettes et des dépenses faites pour le mineur. On doit faire figurer au chapitre des recettes tout ce que le tuteur a reçu pour le mineur, et aussi les recettes qu'il aurait dû faire et qu'il n'a pas faites par sa faute. Art. 450, al. 2, 455 et 456. On ne peut faire figurer au chapitre des dépenses tout ce que le tuteur prétend avoir dépensé pour le mineur. L'art. 471, al. 2, dispose qu'on ne doit allouer au tuteur, c'est-à-dire mettre à la charge du mineur, que les dépenses qui sont suffisamment justifiées et dont l'objet a été utile.

Deux conditions sont donc nécessaires et suffisantes pour qu'une dépense soit admissible. 1° Qu'elle soit suffisamment justifiée. Le Code n'exige pas que toute justification de dépense soit faite par des quittances, c'est-à-dire par des écrits. Les magistrats apprécieront, en cas de contestation, si les justifications fournies par le tuteur sont ou non suffisantes. 2° Que son objet ait été utile. Pour apprécier l'utilité d'une dépense, il faut se placer au moment même où elle a été faite, sans tenir compte des événements ultérieurs. Il résulte de l'art. 471, al. 2, que le tuteur est autorisé à porter en dépense toutes les sommes qu'il a *utilement* déboursées pour l'entretien du pupille et l'administration de ses biens, alors même qu'elles ont dépassé le chiffre fixé par le conseil de famille dans le budget de la tutelle.

La combinaison des art. 454 et 471, al. 2, permet d'établir la distinction suivante: si le tuteur s'est soumis à la disposition de l'art. 454, les dépenses qu'il a réellement faites en conformité de la délibération du conseil de famille ne peuvent plus être critiquées; elles sont réputées utiles, de par la délibération même. Si le tuteur n'a pas provoqué la délibération prescrite par l'art. 454, ou s'il a dépassé les chiffres fixés par le conseil de famille, il doit justifier de l'utilité des dépenses qu'il a faites; il est exposé à ce qu'elles soient laissées à sa charge. D. 1891, II, 237.

650. Aucune disposition ne prescrit une forme spéciale pour la reddition et l'apurement du compte de tutelle. P. 1891, III, 119. On dit que le compte est apuré lorsqu'il est approuvé par l'oyant compte dans tous ses détails; il fixe alors le reliquat qui peut être dû par l'une ou l'autre des parties.

L'art. 471, al. 1^{er}, dispose que le tuteur avancera les frais du compte, mais que le total en sera supporté par le mineur. Cette règle doit se combiner avec les dispositions du Code de procédure civile sur la condamnation aux dépens. Art. 130 et 131. Si, à propos du compte, des difficultés sont soulevées entre les parties, et qu'il soit exposé des frais pour leur solution, la partie qui succombera devra, en général, supporter les frais qu'elle aura occasionnés. P. 1887, III, 337.

SECTION 3^e. — Du reliquat du compte.

Art. 474.

651. Les diverses opérations de la tutelle forment un ensemble, la gestion; ce qu'il faut voir, ce n'est pas le résultat de telle ou telle opération, mais le résultat général de la gestion elle-même: chacune des parties, tuteur ou pupille, ne peut être créancière de l'autre, que si le compte de tutelle présente pour elle un reliquat à son profit. D. 1891, II, 249.

L'expression *reliquat* du compte comprend d'une manière générale tout ce dont, en vertu du compte, l'une des parties peut se trouver redevable envers l'autre. L'art. 474 trace des règles de faveur quant au cours des intérêts du reliquat du compte.

Lorsque le compte se solde par un excédent de recettes, la somme dont le tuteur se trouve constitué débiteur envers son pupille, produit *de plein droit* des intérêts à partir de la clôture du compte. Cette disposition de faveur pour le mineur, doit se combiner avec la règle générale de l'art. 1153, au cas où cette dernière lui serait plus favorable. En conséquence, si le compte avait été demandé en justice par le mineur, les intérêts du reliquat seraient dus du jour de la demande, et non pas seulement du jour du jugement qui apurerait le compte. D. 1882, I, 471.

Lorsque le compte se solde par un excédent de dépenses, le pupille doit à son ex-tuteur les intérêts de la somme dont il est reliquataire, à dater du jour où l'ex-tuteur lui a fait une *simple sommation* d'avoir à payer ce qu'il doit.

652. La créance du pupille contre son ex-tuteur, dans le cas où le compte se solde par un excédent de recettes, est garantie par son hypothèque légale.

L'ex-tuteur, au contraire, n'a pour assurer le remboursement des sommes qui lui sont dues, aucune sûreté spéciale sur les biens du pupille.

SECTION 4^e. — Des traités relatifs au compte de tutelle entre le tuteur et le mineur devenu majeur.

Art. 472.

653. Le Code redoute que le mineur devenu majeur, afin d'entrer plus promptement en possession de sa fortune, ou par déférence pour son ancien tuteur, n'accepte son compte de tutelle en aveugle et ne renonce bénévolement à la garantie de son hypothèque légale. Il veut le mettre à même d'examiner les éléments de ce compte et lui donner bon gré mal gré le temps de la réflexion. Ainsi s'explique la disposition exceptionnelle de l'art. 472.

L'ex-mineur n'est *capable* de traiter avec son ex-tuteur sur le compte de tutelle et l'hypothèque qui en est l'accessoire, que dix jours au moins après que le compte lui a été rendu en détail et avec pièces justificatives. Cette remise d'un compte détaillé et des pièces justificatives ne peut être

prouvée que par un récépissé émané de l'ex-mineur. Le récépissé ne pourrait pas être suppléé par la déclaration contenue dans l'arrangement que le pupille a reçu son compte et les pièces justificatives, dix jours auparavant. Le texte veut positivement un récépissé et l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date de ce récépissé.

Il est à craindre que l'ex-mineur ne donne le récépissé sans avoir véritablement reçu le compte détaillé et les pièces, ou ne les ayant reçus que moins de dix jours avant le traité. Ce sera là une question de fait à juger, si le pupille allègue plus tard que la loi a été fraudée à cet égard. On a souvent fait remarquer qu'il aurait été utile d'exiger la constatation de la date du récépissé sous seing privé par l'enregistrement. Dans l'état actuel de la législation, l'art. 1328 n'est point applicable à notre cas; le récépissé sous seing privé fait foi de sa date entre les parties.

Il résulte du système de l'art. 472 que lorsqu'un débat s'engage sur la validité d'un traité relatif à la tutelle, c'est au tuteur qu'il incombe de produire le récépissé délivré par l'ex-mineur, celui-ci étant entier dans le droit de démontrer par toute espèce de mode de preuve que la loi a été éludée au moyen d'une antidate.

654. L'art. 472 se présente comme une disposition exceptionnelle au principe que le majeur est capable de tous les actes de la vie civile. Il ne faut donc l'appliquer qu'aux hypothèses dans lesquelles les deux conditions que le texte détermine se trouvent réunies :

1° Il faut qu'il s'agisse d'un traité à intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur. L'art. 472 ne s'applique pas au traité à intervenir entre les héritiers du tuteur et le mineur devenu majeur, ou entre le tuteur et les héritiers du mineur. Il ne s'applique même pas au traité à intervenir entre le tuteur et le mineur émancipé assisté de son curateur. Mais dans ce dernier cas, il y aurait lieu d'observer l'art. 467, si le traité constituait une transaction. Art. 484, al. 1^{er}, P. 1889, II, 386.

2° Il faut qu'il s'agisse d'un traité relatif au compte de la

tutelle ou aux garanties de la gestion tutélaire. L'art. 472 ne s'applique pas à toute autre convention, par exemple à une vente, un louage, un partage. La preuve s'en tire démonstrativement de l'art. 2045, qui ne renvoie à notre art. 472 qu'à propos d'une convention à intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur *sur le compte de tutelle*. P. 1885, II, 305. Mais il faut comprendre sous cette expression *tout traité*, tout arrangement, de quelque nature qu'il soit, sous quelque nom qu'il soit présenté, sous quelque forme qu'il soit dressé, par lequel le mineur devenu majeur accorderait au tuteur une décharge totale ou partielle du compte de la gestion, ou lui consentirait une main-levée totale ou partielle de l'hypothèque légale qui grève ses immeubles. D. 1889, I, 421.

655. La nullité dont est frappé le traité passé en violation de l'art. 472 est simplement relative.

Elle ne peut être invoquée que par l'ancien pupille ou en son nom par ses héritiers et ses créanciers. Le tuteur n'est pas admis à s'en prévaloir. D. 1889, I, 339.

SECTION 5^e. — **De la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.**

Art. 475.

656. L'art. 475 déroge au droit commun de l'art. 2262, en disposant que toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans. Cette abréviation du délai ordinaire est fondée sur deux considérations : d'abord sur l'intérêt que mérite le tuteur qui a rempli gratuitement des fonctions très lourdes ; ensuite sur ce que la défense du tuteur serait bien difficile après un grand nombre d'années, sa gestion s'étant appliquée à une multitude d'affaires plus ou moins compliquées, à une foule de dépenses et de détails dont la justification ne repose, le plus souvent, que sur de simples notes.

657. Une action n'est relative aux faits de la tutelle que si elle a pour objet l'examen de tous ou quelques-uns des faits de la tutelle, c'est-à-dire de tout ou partie de la gestion du tuteur.

La prescription exceptionnelle de l'art. 475 ne s'applique pas à l'action en paiement du reliquat du compte de tutelle ; cette action, en effet, quoiqu'elle ait son principe dans les faits de la tutelle, n'a nullement pour objet l'examen de ces faits. Il faut en dire autant de l'action en redressement du compte de tutelle, lorsque cette action tend seulement à faire réparer des erreurs de calcul ou doubles emplois commis dans le compte. Mais si cette action avait pour but de relever des *faux* ou des *omissions*, la discussion devant alors porter sur des faits de tutelle, l'art. 475 serait applicable.

658. Aucun texte ne contient de disposition spéciale quant à la prescription de l'action du tuteur contre son pupille à raison des faits de la tutelle. Cette action reste en conséquence soumise à la prescription de trente ans. Art. 2262.

DEUXIÈME PARTIE DU TITRE X.

Des mineurs émancipés.

659. L'émancipation est un acte juridique par lequel le mineur est affranchi de la puissance paternelle et de la tutelle, et placé sous curatelle. Elle constitue pour celui qui l'obtient une situation intermédiaire entre l'incapacité absolue et la pleine capacité ; l'émancipé acquiert la capacité d'administrer ses biens et de disposer de ses revenus. C'est un moyen de prévenir les inconvénients que peut présenter, dans certains cas, la règle absolue de l'art. 488 qui fixe l'âge de la capacité civile à vingt et un ans.

L'émancipation n'est plus, comme en droit romain, l'abdication d'un droit ; c'est plutôt la déclaration qu'il y a opportunité à faire cesser, au profit de l'enfant, les pouvoirs qui résultent de la puissance paternelle et de la tutelle.

Sommaire.

CHAPITRE 1^{er}. — Des modes d'émancipation.

SECTION 1^{re}. — De l'émancipation tacite.

SECTION 2^e. — De l'émancipation expresse.

CHAPITRE 2°. — Des effets de l'émancipation.

SECTION 1^{re}. — Généralités.

SECTION 2°. — De la capacité du mineur émancipé.

§ 1^{er}. — En matière judiciaire.

§ 2°. — En matière extrajudiciaire.

I. — Du principe de l'art. 481.

II. — Du privilège de réduction de l'art. 484, al. 2.

SECTION 3°. — De l'incapacité du mineur émancipé.

§ 1^{er}. — En matière judiciaire.

§ 2°. — En matière extrajudiciaire.

I. — Des actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante.

II. — Des actes pour lesquels l'émancipé est assimilé au mineur non émancipé.

SECTION 4°. — De l'effet des actes du mineur émancipé.

CHAPITRE 3°. — Du retrait de l'émancipation.

CHAPITRE I^{er}. — DES MODES D'ÉMANCIPATION.

660. On distingue deux modes d'émancipation : l'émancipation tacite qui est un effet légal du mariage, et l'émancipation expresse qui résulte d'une déclaration solennelle faite par la personne à laquelle la loi accorde le pouvoir d'émanciper le mineur.

Les dispositions des art. 476 à 479 sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus aussi bien qu'aux enfants légitimes.

Quant aux enfants admis dans les hospices, leur émancipation s'opère suivant les règles établies par la loi du 15 pluviôse an XIII.

SECTION 1^{re}. — De l'émancipation tacite.

Art. 476.

661. Tout mineur *qui se marie* est, quel que soit son âge, émancipé tacitement par le fait même du mariage. Ce principe est éminemment raisonnable; laisser les enfants procéder

au mariage, n'est-ce pas reconnaître qu'ils ont l'aptitude nécessaire pour gouverner leur personne et administrer leurs biens; n'y aurait-il pas contradiction à vouloir les maintenir en puissance paternelle ou en tutelle? Dans tous les cas, il y aurait à cela une véritable impossibilité.

Cette émancipation se produit alors même que le mariage a lieu à un âge où l'émancipation expresse ne pourrait pas être conférée. Elle a lieu de plein droit, sans qu'une déclaration quelconque soit nécessaire à cet effet. Aucune convention contraire ne pourrait empêcher ou modifier cette conséquence légale de la célébration du mariage. Art. 6.

La dissolution du mariage ne fait point cesser l'émancipation. L'art. 476 dispose, en effet, que le mineur est émancipé *par le mariage*, il ne dit pas *pendant le mariage*.

SECTION 2^e. — De l'émancipation expresse.

Art 477 à 479.

662. Lorsque le mineur a encore son père et sa mère ou l'un d'eux, le pouvoir de l'émanciper appartient au père, et, à son défaut, à la mère. C'est là un attribut inhérent à la puissance paternelle dans l'acception générale de ce mot. Le survivant des père et mère en jouit alors même qu'il n'est pas tuteur.

A défaut du père et de la mère, le pouvoir d'émanciper l'enfant appartient, non pas à ses ascendants ou à son tuteur, mais à son conseil de famille. Les ascendants qui ont le pouvoir de consentir au mariage de l'enfant, n'ont pas le pouvoir de lui accorder l'émancipation expresse. Le droit de requérir la convocation du conseil de famille à l'effet de délibérer sur le point de savoir s'il y a lieu d'émanciper le mineur, n'appartient qu'au tuteur et aux parents ou alliés déterminés par l'art. 479.

L'expression à défaut de père de l'art. 477 est une expression générique qui s'applique aussi bien au cas où le père est dans l'impossibilité d'exercer le droit d'émancipation qu'au cas où il est décédé.

663. Le Code n'a pas la même confiance dans le conseil de famille que dans le père et la mère. L'émancipation par celui des père et mère qui exerce l'autorité paternelle, peut avoir lieu dès que le mineur a atteint l'âge de quinze ans révolus, tandis que l'émancipation par le conseil de famille ne peut avoir lieu qu'autant que le mineur est âgé de dix-huit ans accomplis.

L'émancipation conférée à un mineur avant qu'il ait atteint l'âge légal, n'a aucune valeur juridique. D. 1889, II, 242.

664. L'émancipation accordée par le père ou la mère ne peut s'opérer qu'au moyen d'une déclaration faite devant un juge de paix assisté de son greffier. Aucun texte n'exige que la déclaration d'émancipation soit faite devant le juge de paix du domicile du mineur. D. 1888, II, 283. P. 1890, III, 178.

L'émancipation accordée par le conseil de famille résulte de la proclamation du résultat de la délibération par le juge de paix président.

L'émancipation a lieu par la seule volonté du père ou de la mère ou du conseil de famille manifestée dans la forme légale, sans que le consentement du mineur lui-même soit exigé. L'enfant peut donc être émancipé à son insu ou même malgré lui.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION

SECTION 1^{re}. — Généralités.

665. Le mineur émancipé est, quant à sa personne, assimilé à un majeur. Il est affranchi du droit de garde et de correction ; il peut se choisir un domicile, il peut exercer telle profession que bon lui semble. Cependant s'il veut faire le commerce, il doit se conformer aux prescriptions des art. 4 à 7 de la loi du 15 décembre 1872. J. T. 1890, p. 11.

Le mineur émancipé figure personnellement dans tous les actes de la vie civile. Ce n'est pas à dire qu'il exerce ses droits avec la même liberté qu'un majeur, il reste incapable ;

sa condition normale, c'est encore l'incapacité. Mais son incapacité est transformée ; au lieu de devoir être *représenté* dans les actes civils, il doit y être simplement *assisté*. La loi place à côté de lui un curateur, elle lui conserve un conseil de famille, et elle décide qu'il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites pour le mineur non émancipé.

666. Le Code ne traite pas *ex professo* de la nomination du curateur. Il n'en parle qu'incidemment dans un seul texte, l'art. 480. Nulle part le Code n'institue de curatelle légale, comme il a institué des tutelles légales. Il faut accepter la disposition incidente de l'art. 480 comme une règle générale, sous peine de déclarer que la désignation du curateur n'est pas prévue par le Code. D. 1885, II, 246.

La règle que la tutelle est dative reçoit une exception : le mari est curateur légal de sa femme mineure émancipée par le mariage. La nature du mariage s'oppose à ce que la femme soit assujettie à une autre autorité qu'à celle de son mari. Cette exception était déjà admise sous le Code ; on se fondait sur l'ancien droit et sur un argument d'analogie tiré de l'art. 506. Elle a été virtuellement consacrée par l'art. 3 de la loi du 15 août 1854 ⁽¹⁾.

667. La curatelle est une charge obligatoire. Le Code ne dit pas que les causes d'excuse applicables aux tuteurs s'appliquent également aux curateurs ; et cela se comprend : la charge de curateur n'est pas à beaucoup près aussi lourde que celle de tuteur.

Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution établies pour la tutelle sont applicables à la curatelle. La curatelle est aussi bien que la tutelle, une mission toute de confiance ; on ne saurait croire que la loi ait voulu permettre d'en investir des personnes incapables ou indignes. On peut d'ailleurs invoquer en ce sens l'art. 31, 4^e, du Code pénal.

⁽¹⁾ La règle que la curatelle est dative reçoit encore exception dans le cas prévu par l'art. 3 de la loi du 13 pluviôse an XIII.

La charge de curateur est permanente et non point temporaire; elle dure normalement jusqu'à la mort ou la majorité de l'émancipé.

668. Les fonctions de curateur consistent à *assister* le mineur dans les cas déterminés par la loi. Le terme assistance implique plus que l'idée d'une simple autorisation; le curateur n'assiste vraiment le mineur que lorsqu'il procède avec lui, concourt à la passation de l'acte.

Le curateur n'administre pas le patrimoine de l'émancipé. Il se borne à agir de concert avec lui. Aussi n'y a-t-il pas à côté du curateur de subrogé-curateur. Si le curateur vient à se trouver en opposition d'intérêts avec le mineur, on nomme pour le remplacer dans ce cas particulier un curateur spécial ⁽¹⁾.

Le fait d'avoir prêté ou refusé son assistance au mineur, dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire, entraîne la responsabilité du curateur, conformément aux règles du droit commun. Mais ses immeubles ne sont grevés d'aucune hypothèque légale au profit du mineur.

Du principe que le curateur n'administre pas, il suit qu'il n'a pas de compte à rendre quand ses fonctions prennent fin.

SECTION 2^e. — De la capacité du mineur émancipé.

§ 1^{er}. — EN MATIÈRE JUDICIAIRE.

669. Il résulte à *contrario* de l'art. 482 que le mineur émancipé peut ester en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, relativement à ses droits mobiliers. Il peut exercer toutes sortes d'actions mobilières, même celles qui tendent au payement de capitaux. Seulement il ne peut toucher le montant des condamnations qu'il obtient, que s'il est assisté de son curateur. P. 1883, III, 268.

Le mineur émancipé peut aussi exercer les actions possessoires et y défendre.

(1) Il y a toujours lieu de nommer un curateur *ad hoc* pour assister le mineur dans la réception de son compte de tutelle, lorsque le conseil de famille choisit pour curateur le tuteur sortant de charge.

§ 2°. — EN MATIÈRE EXTRAJUDICIAIRE.

I. — *Du principe de l'art. 481.*

670. Le principe est que le mineur émancipé n'a capacité pleine et entière que pour les actes de pure administration. Il ne peut pas faire tous les actes d'administration indistinctement, mais seulement *ceux qui ne sont que de pure administration*. Les art. 480 et 482 citent deux actes d'administration qui dépassent la mesure de sa capacité : la réception de son compte de tutelle et la réception de ses capitaux.

Il suit de l'art. 481 que le mineur émancipé peut percevoir ses revenus au fur et à mesure de leur échéance, et en disposer à son gré, louer ses biens pour une durée qui n'excède pas neuf années, et renouveler les baux courants dans les limites de l'art. 1430, vendre ses récoltes, les coupes ordinaires de ses bois, et tous autres meubles dont la destination naturelle est d'être vendus.

671. La capacité du mineur émancipé qui fait le commerce est régie par l'art. 7 de la loi du 15 décembre 1872. Art. 487.

II. — *Du privilège de réduction de l'art. 484, al. 2.*

672. Le mineur a la faculté de s'obliger pour les besoins de son administration. Il peut prendre à bail des meubles ou des immeubles, passer des marchés pour l'entretien ou l'amélioration de ses biens, etc. Il peut aussi faire des acquisitions immobilières ou mobilières à crédit, sauf les achats à crédit qui ne seraient que des emprunts déguisés, car il n'a jamais le pouvoir d'emprunter. Art. 483. B. J. 1888, p. 425. D. 1891. I, 292.

Cependant le mineur émancipé n'est pas ici entièrement assimilé à un majeur. Si les obligations qu'il a contractées pour les besoins de son administration ne sont point susceptibles d'être *annulées*, puisqu'elles rentrent dans ses pouvoirs, elles sont du moins *réductibles* en cas d'excès. Ce privilège particulier s'appelle *privilège de réduction*. La loi

a voulu par là protéger le mineur contre son inexpérience et contre le goût de la dépense. Les magistrats appelés à se prononcer sur l'action en réduction doivent prendre en considération la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, et surtout l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

C'est seulement à l'égard des actes qui induisent le mineur *en dépense* qu'est établi le privilège de réduction. Si donc le mineur a donné ses biens en location pour un prix trop faible, s'il a vendu ses récoltes trop bon marché, ou s'il a fait tout autre acte qui, bien que préjudiciable à ses intérêts, ne l'a pas induit en dépense, il ne peut pas agir en réduction.

Le Code ne s'explique pas sur les personnes qui peuvent demander la réduction. Les principes généraux commandent de décider que l'action n'appartient ni au curateur, ni au conseil de famille, mais uniquement à l'émancipé. Il arrive ainsi que la protection que la loi cherche à assurer à l'émancipé n'est guère efficace. Le mineur lui-même, en effet, le plus souvent, se gardera bien d'attaquer l'obligation excessive qu'il a contractée; il sait que, s'il réussissait, la preuve de sa mauvaise gestion serait par là même authentiquement établie et le retrait de l'émancipation imminent. Art. 485.

SECTION 3^e. — De l'incapacité du mineur émancipé.

§ 1^{er}. — EN MATIÈRE JUDICIAIRE.

Art. 482 et 484.

673. Le mineur émancipé ne peut intenter une action immobilière, ni y défendre, sans l'assistance de son curateur.

On applique par argument à *fortiori* la disposition de l'art. 482 à l'exercice des actions morales dont l'émancipé est investi. Il est cependant une instance dans laquelle le curateur n'a pas à intervenir : c'est l'instance en divorce. La procédure organisée par le Code au titre du divorce ne laisse pas de place à l'intervention d'un curateur. P. 1890, III, 260.

On décide généralement, par argument de l'art. 840, que

le mineur émancipé peut provoquer un partage avec la seule assistance de son curateur, sans avoir besoin de l'autorisation du conseil de famille.

§ 2°. — EN MATIÈRE EXTRAJUDICIAIRE.

I. — *Des actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante.*

674. Il n'y a aucune difficulté quant aux actes suivants :

1° La réception du compte de tutelle. Art. 480.

2° La réception d'un capital. Art. 482. Toute somme, peu importe qu'elle soit considérable ou modique, qui n'est pas due à titre d'intérêts, d'arrérages ou de jouissance, est un capital. Les intérêts, arrérages, loyers ou fermages ne constituent d'ailleurs de véritables revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance.

Aux termes de l'art. 482, le curateur doit surveiller l'emploi du capital reçu; il deviendrait responsable si, par suite du non-accomplissement de cette obligation, ce capital était dissipé par le mineur. Mais, dans cette hypothèse même, le débiteur resterait valablement libéré; il suffit pour que le paiement soit valable qu'il soit fait entre les mains du mineur assisté de son curateur.

Comment le curateur peut-il exercer la surveillance que la loi lui impose, puisque c'est le mineur lui-même qui reçoit les fonds, et que si les fonds entrent dans ses mains, rien ne lui est plus facile que d'en disposer et de les perdre? Le curateur n'a qu'un moyen efficace, c'est de ne consentir à signer la quittance que lorsque les fonds sont immédiatement appliqués à tel emploi, ou du moins déposés, en attendant, à la caisse des consignations.

3° L'acceptation d'une donation entre vifs. Art. 935.

4° L'aliénation ou la conversion en titres au porteur d'inscriptions de rentes nominatives sur l'Etat, ne dépassant pas ensemble cinquante francs de revenu annuel. Art. 19, al. 2, de l'arrêté du 22 novembre 1875.

675. La vente des récoltes et des objets qui, d'après leur

nature, sont destinés à être vendus, est un acte que le mineur émancipé peut faire seul, en vertu de l'art. 481. La vente des titres nominatifs de rentes sur l'Etat est régie par les art. 19 et 20 de l'arrêté du 22 novembre 1875. Mais quid de l'aliénation à titre onéreux des autres meubles corporels ou incorporels du mineur émancipé ?

L'émancipé n'est capable que des actes de pure administration. Art. 481 et 484. Toute vente de meubles autres que des récoltes ou choses pareilles est un acte de disposition qu'il est certainement incapable de faire. La seule difficulté est de savoir comment il doit être habilité dans l'espèce.

L'art. 484 qui dispose qu'il ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, ne trace aucun mode d'habilitation à l'égard des actes qui nous occupent. Sa prescription : *sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé*, est ici sans portée aucune, puisqu'aucun texte de la tutelle ne trace des formes pour la vente des meubles incorporels, et que la forme établie par l'art. 452 pour la vente des meubles corporels consiste dans l'intervention du subrogé-tuteur.

Dans le silence des textes, il ne reste qu'à recourir à l'application analogique de quelque disposition de notre matière. La plupart des auteurs admettent, par analogie de l'art. 482, que l'assistance du curateur constitue une habilitation suffisante.

II. — *Des actes pour lesquels l'émancipé est assimilé au mineur non émancipé.*

Art. 483 et 484, al. 1^{er}.

676. L'art. 484, al. 1^{er}, pose le principe que le mineur émancipé est assimilé au mineur ordinaire pour tous les actes de la vie civile autres que ceux de pure administration. Lorsqu'il veut accomplir quelqu'un des actes prévus par les art. 457 et suiv., il est tenu d'observer les conditions et les formes auxquelles est soumis le tuteur du mineur non émancipé. Ainsi, la vente d'un immeuble appartenant à un

émancipé est toujours subordonnée, même du vivant des père et mère, aux deux conditions d'habilitation établies par les art. 457 et 458 et aux formes déterminées par la loi de 1816.

L'art. 483 fait une application anticipée du principe de l'art. 484 à la matière de l'emprunt. Le mineur émancipé n'est jamais capable d'emprunter sans autorisation du conseil de famille et du tribunal; il ne peut emprunter sous aucun prétexte, même dans les limites de ses revenus, même pour les besoins de son administration. L'art. 483 doit être entendu dans le sens du principe de l'art. 484; l'autorisation à l'effet d'emprunter n'est donc valable que si le conseil de famille a constaté la nécessité absolue ou l'avantage évident comme il est dit à l'art. 457.

677. A la rigueur, l'assistance du curateur n'est point nécessaire au mineur émancipé, pour la validité des actes qu'il accomplit selon les conditions prescrites pour le mineur non émancipé. Peut-être cette intervention pourrait-elle présenter encore quelque utilité, mais dans le silence des textes il faut bien convenir qu'elle n'est pas indispensable. Cette solution est vraie même pour la vente d'un immeuble appartenant en tout ou en partie à l'émancipé. L'art. 2 de la loi du 12 juin 1816 ne parle nulle part du curateur de l'émancipé.

Les liquidations et les partages dans lesquels un mineur émancipé est intéressé doivent être faits en sa présence, avec l'assistance de son curateur, dans les formes prescrites par l'art. 9 de la loi du 12 juin 1816.

SECTION 4^e. — De l'effet des actes du mineur émancipé.

678. Pour les actes que l'émancipé peut faire seul et sans formalités, il est réputé majeur; il ne peut avoir à leur occasion d'autre action en nullité que celle que pourrait avoir un majeur. Art. 481. Toutefois, il peut avoir l'action en réduction autorisée par l'art. 484, al. 2, contre les obligations qu'il a contractées par voie d'achats ou autrement.

Pour les actes qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance de

son curateur, il faut distinguer : s'ils ont été faits avec cette assistance, ils sont aussi valables que s'ils avaient été faits par un majeur, car un incapable devient tout à fait capable lorsqu'il est régulièrement habilité; s'ils ont été faits sans cette assistance, ils sont annulables, mais seulement pour cause de lésion. Art. 1305.

Pour les actes soumis à des formalités spéciales, il faut également distinguer : si les formes ont été suivies, les actes sont valables comme s'ils avaient été faits par un majeur; si les formes n'ont pas été observées, les actes sont annulables de droit, sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence de quelque lésion. Art. 1314.

CHAPITRE III. — DU RETRAIT DE L'ÉMANCIPATION.

Art. 485 et 486.

679. Le bénéfice de l'émancipation devrait en bonne législation pouvoir être retiré à tout mineur qui s'en rend indigne par sa mauvaise gestion ou son inconduite. Tel n'est pas le système du Code. L'inconduite du mineur n'est point une cause de révocation de l'émancipation. Et quant à la mauvaise gestion, elle n'entraîne la révocation de l'émancipation que sous une double condition : 1^{re} que des engagements lésionnaires aient été contractés; 2^o que la réduction de ces engagements ait été prononcée en justice. Art. 485.

Or, il peut arriver deux choses : d'abord, que l'émancipé ne réclame pas la réduction des engagements excessifs qu'il a contractés, et on sait que l'action en réduction ne compète qu'à lui seul; puis, que le tribunal saisi de l'action ne prononce point la réduction demandée, à raison de la bonne foi des personnes avec lesquelles l'émancipé a contracté.

Malgré les termes généraux de l'art. 485 : *tout mineur émancipé*, il est certain que l'émancipation tacite par le mariage n'est pas révocable. C'est que cette émancipation n'est que la conséquence légale d'un acte sur lequel il n'y a pas à revenir. Art. 227. Le Code ne veut pas, avec raison,

qu'il puisse y avoir des conflits entre la puissance paternelle ou la tutelle et la puissance maritale.

680. L'émancipation est retirée, selon les cas, suivant les formes établies par les art. 476 et 478. La finale de l'art. 485 veut dire non point que l'on doit, pour opérer le retrait de l'émancipation, reproduire les formalités qui ont été observées pour la conférer, ce qui pourrait souvent être impossible, mais qu'on doit observer les formes qu'il faudrait suivre s'il était question de conférer l'émancipation au moment même où il s'agit de la retirer.

La finale de l'art. 485 fournit un nouvel argument pour établir que le retrait de l'émancipation ne peut s'appliquer qu'à l'émancipation expresse.

681. Le retrait de l'émancipation a pour effet de replacer le mineur dans la classe des mineurs non émancipés; l'ex-mineur retombe sous la puissance paternelle ou en tutelle. Lorsque le mineur est remplacé sous tutelle, ce n'est pas nécessairement l'ancienne tutelle qui revit; il y a lieu à une nouvelle délation qui s'opère suivant les règles du droit commun.

Le mineur dont l'émancipation a été révoquée ne peut plus être émancipé à nouveau. Art. 486. Cette prohibition ne concerne évidemment que l'émancipation expresse.

TITRE XI.

De la majorité, de l'interdiction, de la collocation dans un établissement d'aliénés et de la mise sous conseil judiciaire.

CHAPITRE I^{er}. — DE LA MAJORITÉ.

Art. 488.

682. Toute personne arrivée à l'âge de vingt et un ans accomplis, est capable de tous les actes de la vie civile, sauf les exceptions établies par des dispositions spéciales.

Il y a des personnes majeures auxquelles la loi ne reconnaît pas le plein exercice de leurs droits. Ce sont :

1° Les femmes mariées. Art. 215 et 217.

2° Les individus en état d'interdiction judiciaire. Art. 502.

3° Les individus en état d'interdiction légale. Art. 20 à 24 du Code pénal.

4° Les individus sous conseil judiciaire. Art. 499 et 513.

5° Les individus colloqués dans un établissement d'aliénés. Lois du 18 juin 1860 et du 28 décembre 1873, coordonnées par l'arrêté du 25 janvier 1874.

Toutes ces personnes, à l'exception de l'individu sous conseil judiciaire, sont frappées d'une incapacité générale.

CHAPITRE II. — DE L'INTERDICTION JUDICIAIRE.

683. L'interdiction est la défense faite à une personne d'exercer elle-même ses droits civils. Ce mot est aussi employé pour désigner la condition juridique de la personne frappée de cette défense.

L'interdiction est *légale* ou *judiciaire*.

L'interdiction légale est une mesure de répression édictée par le Code pénal comme conséquence légale de certaines condamnations à des peines criminelles. Elle enlève au condamné la capacité d'administrer ses biens et d'en disposer, si ce n'est par testament. Elle ne lui enlève pas la capacité de se marier, de consentir au mariage de ses enfants, de reconnaître un enfant naturel, etc. Il est nommé au condamné un tuteur pour gérer ses biens; cette nomination et cette gestion sont soumises aux dispositions du Code civil relatives à la tutelle des interdits.

L'interdiction judiciaire est celle qui est prononcée par la justice comme mesure de protection pour la personne qui, à raison de son état mental, est dans l'impossibilité de se diriger elle-même et de gouverner ses biens. Il n'est question au Code civil que de l'interdiction judiciaire.

684. Théoriquement, chaque acte de la vie civile accompli par un individu dont les facultés mentales sont altérées

devrait donner lieu à un examen spécial. Peut-être le malade avait-il sa raison *au moment même où il a agi*, peut-être aussi ne l'avait-il pas. Valable dans le premier cas, pour avoir été fait dans un intervalle lucide, l'acte serait inexistant dans le second, pour défaut absolu de consentement. Ce système donnerait lieu à une foule de procès très difficiles à juger. Il ne procurerait d'ailleurs qu'une protection bien insuffisante aux insensés, car, dans le doute, le juge devrait se prononcer pour la validité de l'acte.

Le Code organise un autre système plus pratique. L'art. 489 prescrit l'interdiction de toute personne qui se trouve dans un état habituel d'insanité d'esprit, et l'art. 502 dispose que dès la prononciation du jugement d'interdiction, l'aliéné devient *incapable* des actes de la vie civile.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — De la demande en interdiction.

§ 1^{er}. — Des causes d'interdiction.

§ 2^e. — Des personnes admises à provoquer l'interdiction.

§ 3^e. — De la procédure en interdiction.

SECTION 2^e. — Des effets de l'interdiction.

§ 1^{er}. — De l'incapacité de l'interdit.

§ 2^e. — De la nullité des actes antérieurs à l'interdiction ⁽¹⁾.

§ 3^e. — De la tutelle de l'interdit.

I. — Du principe de l'art. 509.

II. — Des exceptions à ce principe.

III. — De la tutelle d'un interdit marié.

SECTION 3^e. — De la cessation de l'interdiction.

SECTION 1^{re}. — De la demande en interdiction.

§ 1^{er}. — DES CAUSES D'INTERDICTION.

Art. 489.

685. Il n'y a, à vrai dire, qu'une seule cause d'interdiction : l'état habituel d'insanité d'esprit. Le Code avait cru donner

(1) L'art. 504 est réservé pour faire l'objet d'un appendice aux deux chapitres de l'interdiction et de la collocation dans un établissement d'aliénés.

une nomenclature exacte de toutes les maladies mentales. Les aliénistes contemporains ont adopté des classifications et des dénominations toutes différentes. Les termes de la loi importent peu, ce qu'il faut retenir, c'est sa volonté bien évidente : toutes les fois qu'il y a aliénation mentale habituelle, que cette aliénation mentale s'appelle épilepsie, idiotie, crétinisme, manie, monomanie, etc., qu'elle présente ou non des intervalles lucides, l'interdiction doit être provoquée. P. 1858, II, 29.

Pour que l'interdiction puisse être prononcée, il faut et il suffit que l'état d'insanité d'esprit soit *habituel*, c'est-à-dire qu'il constitue l'état ordinaire de la personne. Des accès passagers de dérangement d'esprit ne sont point une cause d'interdiction. D'un autre côté, l'état habituel d'insanité d'esprit est une cause d'interdiction, même lorsque cet état présente des intervalles lucides. C'est surtout lorsqu'un aliéné a des moments lucides qu'il importe de l'interdire. Le jugement d'interdiction le soustraira au danger de devoir faire plus tard la preuve si difficile qu'il était fou au moment précis où il a accompli tel ou tel acte juridique.

686. Toute personne, majeure ou mineure, peut être interdite. Il est vrai que l'art. 489 ne parle que du *majeur*, ce qui semble exclure le mineur. La formule de ce texte s'explique par cette observation que la loi n'a voulu prévoir que l'hypothèse où l'interdiction est toujours nécessaire ; le majeur en état habituel d'insanité d'esprit *doit* être interdit, tandis que le mineur *peut* l'être, si ses intérêts l'exigent. Cette interprétation est la seule qui soit compatible avec les art. 174 et 175 qui prévoient formellement l'interdiction du mineur.

Quelle utilité peut-il y avoir à interdire un mineur non émancipé ? C'est que l'incapacité de l'interdit produit des effets plus étendus que celle du mineur : tous les actes de l'interdit sont toujours nuls *de droit*, tandis que certains actes du mineur ne sont annulables que du chef de *lésion*. Art. 502 et 1305. Ensuite, il peut être utile de provoquer l'interdiction pendant la minorité, pour empêcher que le mineur devenu majeur ne dilapide son patrimoine avant que l'interdiction ait pu être prononcée. P. 1882, II, 26.

§ 2°. — DES PERSONNES ADMISES A PROVOQUER L'INTERDICTION.

Art. 490 et 491.

687. Les personnes qui ont qualité à l'effet de provoquer l'interdiction sont :

1° Tout parent à l'égard de son parent. *Tout parent*, qu'il soit en ligne directe ascendante ou descendante ou en ligne collatérale, qu'il soit proche ou éloigné, qu'il soit ou non héritier présomptif de l'aliéné, peu importe, la loi ne distingue pas. Dans le système du Code, c'est un devoir pour les membres de la famille de veiller à la sécurité et à la protection de l'aliéné.

2° Chacun des époux à l'égard de l'autre.

3° Le ministère public. En général, le procureur du roi a simplement la faculté d'agir, et encore cette faculté n'existe-t-elle qu'autant que l'aliéné n'a ni conjoint ni parents connus. Par exception, dans le cas de fureur, il a l'obligation de provoquer l'interdiction. C'est que la sécurité publique exige que les furieux soient séquestrés. Or, avant la loi du 18 juin 1850, la séquestration d'un aliéné n'était permise qu'en vertu d'un jugement d'interdiction. Aujourd'hui l'intervention obligatoire du ministère public n'a plus de raison d'être.

L'énumération donnée par les art. 490 et 491 est limitative. Un allié autre que le conjoint n'est jamais recevable à provoquer l'interdiction. P. 1886, III, 233. J. T. 1887, p. 950.

§ 3°. — DE LA PROCÉDURE EN INTERDICTION.

Art. 492 à 501.

688. Cette procédure se divise en deux phases distinctes :

La première, dans laquelle la personne qui provoque l'interdiction paraît seule et saisit la justice par voie de requête. Deux mesures spéciales d'instruction sont alors nécessaires : la réunion d'un conseil de famille qui doit donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée ;

l'interrogatoire de cette personne par le tribunal en chambre du conseil. Art. 492 à 496.

La seconde, dans laquelle la procédure prend le caractère d'une affaire contentieuse, véritable procès entre la personne provoquant l'interdiction et la personne à interdire, phase dans laquelle on recourt aux mesures ordinaires d'instruction et notamment à l'enquête. Art. 893 c. p. c.

Les lenteurs de la procédure pourraient compromettre les intérêts de l'aliéné s'il devait rester abandonné à lui-même jusqu'au jugement définitif. De là, la disposition de l'art. 497 : les juges sont autorisés à lui désigner un administrateur provisoire pour prendre soin de sa personne et de ses biens. Les pouvoirs de cet administrateur se réduisent, ainsi que l'indique le titre même que la loi lui donne, aux mesures conversatoires et aux actes d'administration qui présentent un caractère d'urgence. Les juges qui nomment un administrateur provisoire établissent une incapacité dans la personne de l'aliéné; ils le privent de l'administration et de la disposition de ses biens.

Le tribunal n'est pas placé dans l'alternative d'admettre ou de rejeter purement et simplement la demande en interdiction. Il peut prendre un terme moyen qui consiste à placer le défendeur sous conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit. Art. 499.

689. Le jugement portant interdiction ne produit ses effets que du jour où il est rendu. Si l'interdiction n'est prononcée qu'en appel, la demande ayant été rejetée en première instance, ses effets ne datent que du jour de l'arrêt. Art. 502. Il est, en effet, de principe que les décisions judiciaires *constitutives* de droits ou d'incapacités n'opèrent pas avec rétroactivité.

690. La décision judiciaire qui prononce l'interdiction exerce une grande influence sur la capacité de la personne; aussi la loi veut-elle qu'elle soit portée à la connaissance des tiers. Tout jugement ou arrêt portant interdiction doit être inscrit sur le tableau affiché dans l'auditoire du tribunal et sur le tableau exposé dans les études des notaires de l'arron-

dissement. Art. 501 (1). L'art. 92 du tarif civil exige, en outre, qu'il soit inséré dans un journal.

Le jugement d'interdiction doit être rendu public, lors même qu'il est frappé d'appel. L'art. 501 ne distingue pas, et c'est avec raison, car si le jugement est confirmé par la Cour, ses effets remontent au jour même où il a été rendu.

Les formalités prescrites par notre art. 501 et l'art. 92 du tarif sont purement réglementaires; leur omission peut bien donner ouverture à une demande en dommages-intérêts contre ceux auxquels elle est imputable, mais non frapper d'inefficacité le jugement d'interdiction. L'art 502, en effet, dispose d'une manière absolue que le jugement d'interdiction produira son effet du jour où il aura été rendu, c'est-à-dire à une époque où il ne peut encore avoir été publié. La protection de l'incapable prévaut sur tout autre intérêt.

SECTION 2^e. — Des effets de l'interdiction.

§ 1^{er}. — DE L'INCAPACITÉ DE L'INTERDIT.

I.— *Du principe de l'art. 502 que tous actes passés par l'interdit, postérieurement à l'interdiction, sont nuls de droit.*

691. Le principe consacré par la seconde disposition de l'art. 502 est que tous les actes de l'interdit sont annulables, sur la seule preuve qu'ils ont été faits postérieurement à l'interdiction.

Ces actes sont annulables, ils ne sont pas inexistants. Ils produisent leurs effets aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés par les tribunaux. La nullité prononcée par l'art.

(1) Les prescriptions de l'art. 18 de la loi du notariat, sur le tableau des interdits, ont été modifiées par notre art. 501 et les art. 92 et 175 du tarif civil. Il faut rétablir ce texte comme suit : Le notaire tiendra exposé dans son étude un tableau sur lequel il inscrira les noms, prénoms, qualités et demeures des personnes de son arrondissement qui sont mises en interdiction ou sous conseil judiciaire par le tribunal ou la cour, ainsi que la mention des jugements y relatifs; le tout après qu'il aura été avisé par le secrétaire de la Chambre, conformément aux art. 92 et 175 du tarif, et à peine des dommages-intérêts des parties.

502 est une nullité simplement relative : établie uniquement dans l'intérêt de l'interdit, elle ne peut pas être invoquée par les personnes qui ont traité avec lui ; elle se prescrit par dix ans qui courent de la levée de l'interdiction ; elle est susceptible de disparaître par une confirmation expresse ou tacite. Art. 1125, al. 2, 1304 et 1338.

Ces actes ne sont qu'annulables, mais ils le sont de droit, sans que les représentants de l'interdit aient à justifier d'un préjudice quelconque, sans qu'il soit nécessaire d'établir que les tiers qui ont contracté avec l'interdit ont été de mauvaise foi, et enfin sans que les juges aient à examiner si les actes attaqués ont été faits pendant un accès de folie ou durant un intervalle lucide. Vainement le défendeur à l'action en nullité offrirait-il d'établir que l'acte dont on demande la nullité a été posé pendant un intervalle lucide, on lui répondrait par le principe : *Frustrà probatur quod probatum non relevat*.

II. — Des exceptions au principe de l'art. 502.

692. La règle de l'art. 502 s'applique-t-elle sans exception à tous les actes faits par l'interdit ? En d'autres termes, l'incapacité résultant de l'interdiction est-elle absolue et s'étend-elle à tous les actes de la vie civile ?

D'après des auteurs considérables, il y aurait une certaine catégorie d'actes que l'interdit pourrait accomplir valablement, lorsqu'il se trouverait dans un intervalle lucide ; ce seraient les actes dans lesquels l'interdit ne peut être représenté par son tuteur : le mariage, la reconnaissance de l'enfant naturel, l'adoption, la donation entre vifs et le testament. L'interdiction, disent ces auteurs, est une mesure de protection, elle n'a pas pour but, elle ne saurait avoir pour résultat d'opprimer l'interdit, de le frapper d'une véritable déchéance. Or, appliquer la disposition de l'art. 502 aux actes pour lesquels la volonté de l'interdit ne peut être remplacée par celle de son tuteur, ce ne serait plus le protéger, ce serait le frapper d'une sorte de mort civile partielle tout à fait injustifiable parce qu'elle serait tout à fait imméritée.

Un autre système est enseigné par Laurent. Il distingue entre les actes pécuniaires et les actes moraux. Il déclare l'interdit absolument incapable de faire les premiers, les actes à titre gratuit aussi bien que les actes à titre onéreux; il lui reconnaît, au contraire, capacité pour faire les seconds dans un intervalle lucide.

Ces deux systèmes sont contraires au texte et à l'esprit de la loi.

Ils sont contraires au texte, car les termes de l'art. 502 sont absolus : *tous actes*; ils s'appliquent sans aucune distinction à tous les actes de la vie civile. L'interprète ne peut pas faire des distinctions que le législateur a prosrites.

Ils sont contraires à l'esprit de la loi, car le fondement de l'art. 502 est la présomption d'un état permanent d'aliénation mentale; son but est de prévenir les difficultés auxquelles donnerait lieu la nécessité de distinguer les intervalles lucides des moments habituels de folie; son but est aussi de protéger l'interdit contre cette faiblesse de l'esprit qui subsiste même durant les intervalles lucides. Le Code aurait manqué de logique s'il n'avait pas frappé de nullité tous les actes de l'interdit, les actes moraux comme les actes pécuniaires, les actes dans lesquels l'interdit peut être représenté par son tuteur comme ceux dans lesquels il ne peut l'être. C'est surtout à l'égard des actes les plus importants de la vie que la disposition de l'art. 502 est bienfaisante; elle empêche qu'on vienne soulever bien longtemps après qu'ils ont été faits, cette question si obscure de savoir si l'interdit était dans un intervalle lucide ou dans son état ordinaire de démence au moment précis de leur accomplissement.

693. Il est cependant un acte qui échappe à l'application de l'art. 502 : c'est le mariage. Il n'existe, en effet, dans le titre du mariage aucun texte qui frappe de nullité le mariage de l'interdit, *à raison de son état d'interdiction seul*. Or, il est de principe qu'il n'y a pas d'autres nullités de mariage que celles qui sont établies par un texte formel du chapitre IV de ce titre. Le mariage de l'interdit est donc valable s'il est contracté dans un intervalle lucide. Le seul effet de l'inter-

diction à l'égard du mariage est de constituer un empêchement prohibitif, comme cela résulte de l'art. 174.

§ 2°. — DE LA NULLITÉ DES ACTES ANTÉRIEURS A L'INTERDICTION.

Art. 503.

694. D'après le droit commun, le sort des actes de l'interdit faits avant l'interdiction devrait se régler uniquement d'après l'état mental de leur auteur au moment *précis* de leur accomplissement. Ils subsisteraient comme pleinement valables aussi longtemps qu'il ne serait pas prouvé qu'au moment même de leur passation la personne depuis interdite n'était pas saine d'esprit. Cette preuve faite, ils seraient non pas annulés, mais déclarés inexistants pour défaut absolu de consentement; aucune prescription n'aurait pu les faire sortir du néant; c'est le propre du néant de n'exister jamais.

L'art. 503 déroge au droit commun en accordant un certain effet rétroactif au jugement d'interdiction : en vertu de ce jugement, les représentants de l'interdit pourront obtenir l'annulation des actes antérieurs à l'interdiction, sous la seule condition de prouver que la cause de l'interdiction, c'est-à-dire l'état habituel de folie, constituait un fait *notoire*, connu de tout le monde, à l'*époque* où ces actes ont été faits. Cette notoriété est évidemment beaucoup plus facile à prouver que la démence à un moment précis.

Cet effet rétroactif du jugement d'interdiction n'est pas absolu; à la différence de ce qui a lieu dans le cas de l'art. 502, les juges sont ici investis d'un pouvoir discrétionnaire pour maintenir les actes ou les annuler. L'art. 503 ne dit pas comme l'art. 502 que les actes seront nuls de droit; il dit seulement que les actes *pourront être annulés*. Si donc il était prouvé que l'interdit se trouvait dans un intervalle lucide à l'instant même de l'acte attaqué, cet acte devrait être maintenu. P. 1875, II, 170.

L'art. 503 concerne tous les actes émanés de l'interdit antérieurement à l'interdiction. Il ne fait aucune distinction

entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, et on ne trouve dans aucun texte du Code, de raison pour en écarter l'application aux dispositions testamentaires. P. 1890, III, 166.

695. L'action en nullité ouverte par l'art. 503, est une action en nullité relative. La prescription extinctive de cette action procurera donc à l'acte une efficacité définitive.

Tant que le jugement d'interdiction n'est pas rendu, cette action en nullité n'existe que conditionnellement, sous la condition de l'interdiction : elle ne peut donc pas commencer à se prescrire. Art. 2257. Pourrait-elle commencer à se prescrire au jour du jugement ? La négative est certaine en vertu de l'art. 2252. Aussi l'art. 1304 reporte-t-il à la main levée de l'interdiction le point de départ de la prescription des actions en nullité fondées sur l'interdiction. D. 1888, II, 161.

§ 3°. — DE LA TUTELLE DE L'INTERDIT.

I. — *Du principe que l'interdit est mis sous tutelle et que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits.*

Art. 509.

696. L'art. 509 applique à l'interdit la même mesure de protection qu'au mineur orphelin, la tutelle, et il dispose que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits. Il résulte de ces termes clairs et précis de l'article que ce ne sont pas uniquement les dispositions des art. 405 à 475 qui s'appliquent à la tutelle des interdits, mais encore toutes les dispositions que le législateur postérieur au Code civil a portées sur la tutelle des mineurs. Tout ce que le législateur jugera convenable à toute époque de disposer à l'égard de la tutelle des mineurs, s'appliquera aussi à celle des interdits, à moins que la disposition elle-même ne l'en excepte. P. 1882, I, 50.

Bien loin d'écarter l'assimilation entre la tutelle des mineurs et celle des interdits, la loi hypothécaire, la loi du 12 juin 1816 sur les ventes d'immeubles et les partages de

biens de mineurs et l'arrêté du 22 novembre 1875 portant règlement sur le service de la dette publique, l'ont confirmée en termes exprès. Quant à l'art. 8 de la loi du 15 décembre 1872, sur la continuation du commerce des parents du mineur, s'il n'a pas confirmé l'assimilation entre les deux tutelles, il s'est aussi bien gardé de l'exclure; cela suffit dès lors pour que sa disposition soit applicable à la continuation du commerce de l'interdit.

697. L'art. 450, al. 1^{er}, dit que le tuteur doit prendre soin de la personne du mineur, et l'art. 509 dispose que l'interdit est assimilé au mineur *pour sa personne et pour ses biens*. Il n'est donc pas vrai de dire que la tutelle de l'interdit n'est établie que pour la protection de son patrimoine, que le mandat du tuteur se restreint aux actes dont l'objet est purement pécuniaire. Le principe est que le tuteur représente l'interdit dans tous les actes civils qui intéressent la protection de sa personne ou la gestion de sa fortune. Il suit de là que le tuteur peut former, au nom d'un époux interdit une demande en nullité de mariage, une demande en séparation de corps, une demande en désaveu. D. 1890, I, 290.

Mais le tuteur ne représente l'interdit que dans les actes qui concernent la protection de sa personne ou l'administration de son patrimoine. Ce n'est pas prendre soin de la personne de l'interdit que de le faire adopter, de reconnaître pour lui un enfant naturel, de se substituer à lui dans l'exercice de la puissance maritale ou de la puissance paternelle. L'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, etc., n'intéressent aucunement la protection de la personne, et ne rentrent pas, en conséquence, dans la disposition de nos art. 450 et 509. D. 1870, II, 1.

Le tuteur d'un époux interdit n'a pas qualité pour intenter l'action en divorce. Le texte et l'esprit du titre du divorce excluent absolument l'intervention d'un mandataire dans l'instance en divorce. P. 1870, I, 3.

II. — *Des exceptions au principe de l'art. 509.*

Art. 505 à 511.

698. En règle générale, la tutelle de l'interdit est uniquement dative; elle est déférée par le conseil de famille. Art. 505. A cette règle, il n'y a qu'une seule exception : le mari est tuteur légal de sa femme interdite. Art. 506.

Il est généralement admis que, de même que l'art. 108, l'art. 506 n'est plus applicable quand les époux sont séparés de corps.

699. Par dérogation à la règle de l'art. 442, 3°, la femme peut être nommée tutrice de son mari interdit. Art. 507. Mais cet article ajoute que le conseil de famille règle la forme et les conditions de son administration. C'est là, a-t-on dit, un préservatif contre l'inexpérience du sexe dans les questions d'affaires.

Il suit de l'art. 507, que le conseil de famille qui nomme la femme tutrice de son mari, peut restreindre les pouvoirs qu'elle posséderait d'après le droit commun de la tutelle. Il peut décider, par exemple, que la femme devra être assistée du subrogé-tuteur pour accomplir certains actes, qu'elle n'aura le pouvoir de faire que des baux de trois ans, etc.

700. En règle générale, le tuteur d'un interdit n'est pas tenu de conserver la tutelle au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, il peut exiger son remplacement. A cette règle, il n'y a exception que pour le conjoint, les ascendants et les descendants de l'interdit. Art. 508.

701. La destination essentielle des revenus de l'interdit n'est pas d'être capitalisés, mais, au contraire, d'être employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Art. 510. Le conseil de famille doit se conformer à la règle de cet article, lorsqu'il dresse le budget de la tutelle en vertu de l'art. 454. Il ne résulte d'ailleurs nullement de l'art. 510 que les revenus de l'interdit doivent de toute nécessité être dépensés en totalité sans avantage appréciable pour lui. J. Liège, 1889, p. 246.

702. C'est au conseil de famille et non au tuteur, qu'il appartient de décider si l'interdit sera traité dans son domicile ou s'il sera placé dans une maison de santé. Art. 510, *in fine*. Cette disposition est générale; elle doit s'appliquer même dans les cas où l'interdite est une femme mariée et se trouve sous la tutelle de son mari.

703. Par une exception remarquable au droit commun de la tutelle, le conseil de famille, sous la condition de l'homologation du tribunal, a le pouvoir de disposer à titre gratuit des biens de l'incapable, par une constitution de dot en avancement d'hoirie à l'enfant de l'interdit qui veut se marier. Art. 511. Cette exception s'explique par cette considération que les père et mère ont le devoir moral de doter leurs enfants; donner aux enfants pour leur établissement en mariage, c'est ce que font tous les parents, ce que l'interdit aurait fait probablement lui-même.

L'art. 511 ne permet que des constitutions dotales *en avancement d'hoirie* aux enfants de l'interdit qui veulent se marier. Le conseil de famille ne pourrait donc pas faire des libéralités *préciputaires*, c'est-à-dire des libéralités qui constitueraient, pour les enfants gratifiés, un avantage au delà de leur part héréditaire. Il ne pourrait pas non plus faire des avancements d'hoirie aux enfants qui voudraient s'établir autrement que par mariage, le texte n'assimile pas l'établissement professionnel à l'établissement matrimonial.

L'art. 511 va trop loin lorsqu'il dit que le conseil de famille de l'interdit règle les conventions matrimoniales de l'enfant qui se marie. Ce langage n'est pas en harmonie avec les principes du titre du contrat de mariage. Tout ce qu'il convient de reconnaître, c'est que le conseil de famille peut faire dépendre l'existence même ou l'étendue de la dot qu'il accorde, de l'adoption de tel ou tel régime, de telle ou telle clause de communauté, et qu'il participe ainsi indirectement aux conventions matrimoniales de l'enfant.

III. — *De la tutelle d'un interdit marié.*

704. L'interdiction d'une personne mariée donne naissance

à une situation toute particulière en ce qui concerne la gestion des biens. Il faut distinguer trois hypothèses : celle où le mari est tuteur de sa femme interdite, celle où la femme est tutrice de son mari interdit, et enfin celle où la tutelle du mari interdit est confiée à un tiers ⁽¹⁾.

1° *Le mari est tuteur de sa femme.*

Cette nouvelle qualité a simplement pour effet de lui donner la gestion tutélaire de ceux des biens de sa femme dont il n'avait pas l'administration en vertu du contrat de mariage. Il doit en faire inventaire (art. 451) et se conformer aux autres règles de la tutelle.

2° *La femme est nommée tutrice de son mari.*

Il faut rechercher quels sont, d'après la loi et le contrat de mariage, les droits respectifs des époux, afin de distinguer les cas dans lesquels la femme agira pour son propre compte, mais en qualité de femme mariée, de ceux dans lesquels elle agira comme tutrice et au nom de son mari.

Quant à l'exercice des droits qui lui appartiennent personnellement, rien n'est changé à sa condition ; elle reste frappée de l'incapacité qui résulte de sa qualité de femme mariée. Le cas échéant, elle devra demander directement à la justice l'autorisation que son mari est incapable de lui donner. Art. 222.

En ce qui concerne l'exercice des droits qui appartiennent à son mari, elle acquiert tous les pouvoirs d'un tuteur ordinaire, à moins que le conseil de famille n'ait jugé à propos de les restreindre. Art. 507. Il peut ainsi arriver que la femme ait qualité pour accomplir seule et sans habilitation, comme tutrice, des actes qu'elle ne pourrait faire pour son propre compte qu'avec l'autorisation de justice. Mais il peut arriver aussi que la femme ne puisse agir comme tutrice que moyennant certaines conditions et dans certaines formes, alors qu'elle serait habile à faire les mêmes actes pour son

(1) Il peut arriver aussi que la femme soit interdite et ait pour tuteur un tiers autre que son mari ; le mari a pu être excusé, exclu ou destitué de la tutelle. Cette hypothèse se présente trop rarement pour qu'on doive l'examiner ici.

compte, sans aucune autorisation ou avec la seule autorisation de justice.

3° *La tutelle du mari interdit est confiée à un tiers.*

Le tuteur est chargé de la gestion non seulement des biens personnels du mari, mais encore des biens de la communauté, et même aussi des biens personnels de la femme, dont le mari avait l'administration en vertu de son contrat de mariage. Le tuteur ne peut d'ailleurs exercer les droits pécuniaires du mari qu'en observant toujours les conditions et les formalités de la tutelle.

SECTION 3^e. — De la cessation de l'interdiction.

705. L'interdiction ne cesse pas de plein droit par le seul fait de la guérison de l'aliéné. Un jugement est nécessaire pour rendre à l'interdit la capacité qu'un jugement lui a enlevée. Art. 512.

La mainlevée de l'interdiction peut être demandée par l'interdit lui-même ; il n'a pas besoin d'être représenté par son tuteur. L'incapacité générale dont il est frappé, ne saurait s'appliquer à une action qui tend précisément à établir que cette incapacité n'a pas de fondement. C'est peut-être pour marquer cette solution que l'art. 512 dispose que l'interdiction *cesse* avec les causes qui l'ont déterminée. On reconnaît généralement le droit d'agir en mainlevée au conjoint de l'interdit, à ses parents et au procureur du roi. Arg. des art. 490 et 491.

706. Les formalités à remplir pour obtenir la mainlevée de l'interdiction sont les mêmes que celles qui sont prescrites pour parvenir à l'interdiction elle-même. Art. 512.

A la différence du jugement d'interdiction, le jugement de mainlevée n'a pas besoin d'être rendu public.

CHAPITRE III. — DE LA COLLOCATION DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS.

707. Le Code n'avait pas organisé, pour les aliénés, d'autre mesure de protection légale que l'interdiction. La législation

administrative de l'époque était muette sur le régime des aliénés. Il n'y avait alors d'autre moyen légal d'arriver à la séquestration d'un aliéné et de pourvoir à l'administration de ses biens, que de faire prononcer son interdiction. Art. 510. Ainsi s'expliquent les art. 489 et 491, qui disposent que le majeur qui est dans un état habituel de démence *doit* être interdit, et imposent au procureur du roi le *devoir* de provoquer l'interdiction des furieux qui compromettent la sûreté publique.

Ce système de l'interdiction forcée présentait de graves inconvénients. Les formalités dont l'interdiction est entourée sont lentes, coûteuses et compliquées; l'interrogatoire peut surexciter l'esprit du malade et aggraver sa position; enfin, la publicité du jugement effraie les familles auxquelles il répugne de divulguer une infirmité qui procède souvent de l'hérédité ou des propres excès du malade. Les lois du 18 juin 1850 et du 28 décembre 1873, coordonnées par l'arrêté du 25 janvier 1874, ont comblé partiellement la lacune que présentaient notre législation administrative et notre législation civile. Elles autorisent et réglementent la collocation de tous les aliénés sans distinction; elles contiennent de plus certaines dispositions d'ordre civil dont le but est de rendre l'interdiction inutile.

Le chapitre VII de cette législation rentre seul dans le cours de droit civil. Les dispositions de ce chapitre ne sont pas applicables lorsque l'aliéné séquestré est interdit ou lorsque c'est un mineur non émancipé : elles ne concernent que les aliénés qui n'ont point de *représentant* légal. Il en est cependant autrement de l'art. 34; cet article s'applique à tous les aliénés colloqués.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — De l'administration provisoire des aliénés colloqués.

§ 1^{er}. — Généralités.

§ 2^e. — Des fonctions de l'administrateur provisoire.

SECTION 2^e. — De l'incapacité de l'aliéné colloqué.

§ 1^{er}. — Des actes postérieurs à la collocation.

§ 2^e. — Des actes antérieurs à la collocation.

SECTION 3^e. — De la cessation de l'incapacité.

SECTION 1^{re}. — De l'administration provisoire des aliénés colloqués.

§ 1^{er}. — GÉNÉRALITÉS.

Art. 29, 30 et 32.

708. L'aliéné colloqué est ou peut être pourvu d'un administrateur provisoire. Cet administrateur est désigné par la loi ou par la justice, suivant que l'aliéné est placé dans un établissement public ou dans un établissement privé.

Lorsque l'aliéné est placé dans un établissement public, les fonctions d'administrateur provisoire sont déferées par la loi à la commission administrative ou de surveillance de l'établissement ⁽¹⁾, laquelle désigne un de ses membres pour les exercer. Art. 30. Néanmoins, il est loisible à la commission de demander à la justice la nomination d'un administrateur provisoire pris hors de son sein. La même faculté appartient aux parents de l'aliéné, à son conjoint et au ministère public. Art. 29. Lorsque cette demande est accueillie, l'administration provisoire, de légale qu'elle était, devient judiciaire.

Pour les individus placés dans un établissement privé, l'administration provisoire est toujours judiciaire. Le droit de provoquer la nomination de l'administrateur provisoire appartient aux parents de l'aliéné, à son conjoint et au ministère public. Le tribunal ne peut admettre la demande en nomination qu'après avoir pris l'avis du conseil de famille.

Les magistrats jouissent de la plus grande latitude dans le

(1) L'expression « commission de surveillance » de l'art. 30, veut désigner une commission spéciale instituée auprès de certains établissements *publics* de bienfaisance ; elle ne désigne pas le comité d'inspection dont il est question à l'art. 24.

choix de la personne qui devra remplir les fonctions d'administrateur provisoire. Art. 29, al. 1^{er} et 2.

709. Les fonctions d'administrateur provisoire sont, comme celles de tuteur, obligatoires et gratuites. Les dispositions du Code civil sur les causes qui dispensent de la tutelle, sur les incapacités, les exclusions, les destitutions et les comptes des tuteurs, ainsi que celles de la loi hypothécaire sur les garanties à fournir par eux, sont applicables à l'administrateur provisoire nommé par le tribunal. Art. 29, al. 3.

Les biens de l'administrateur provisoire délégué en vertu de l'art. 30 de la loi ne sont, à raison de ses fonctions, passibles d'aucune hypothèque. Art. 30, al. 3.

La charge d'administrateur judiciaire est temporaire. Elle finit de plein droit au bout de trois ans, si elle n'est pas renouvelée. Art. 33. Voyez aussi les art. 88 à 90 de l'arrêté du 1^{er} juin 1874.

710. Il peut arriver que personne n'ait provoqué la nomination d'un administrateur provisoire à l'aliéné colloqué dans un établissement privé. Que faire si cet aliéné est intéressé dans un inventaire, une liquidation ou un partage? L'art. 32 reproduit pour cette hypothèse la disposition de l'art. 113 du Code, avec cette seule modification que c'est au président du tribunal, et non au tribunal, qu'il appartient de commettre le notaire qui représentera l'aliéné. Les pouvoirs conférés au notaire cessent de plein droit au bout de trois ans s'ils ne sont pas renouvelés. Art. 33.

§ 2^e. — DES FONCTIONS DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE.

Art. 31.

711. L'administrateur provisoire doit prendre soin de la personne de l'aliéné. La loi ne le dit pas en termes formels, mais cela résulte de l'art. 29, qui porte qu'il est pourvu à la nomination d'un administrateur provisoire, *conformément à l'art. 497 du Code civil*. Or, cet art. 497 dispose que l'administrateur provisoire prendra soin de la personne et des biens du défendeur.

Il suit de là que l'administrateur provisoire doit veiller à ce que les revenus de l'aliéné soient employés à adoucir son sort et à hâter sa guérison, et provoquer sa sortie de l'établissement si l'insanité d'esprit vient à cesser.

712. L'administrateur provisoire n'est pas un conseil, c'est un *représentant*, mais un représentant dont les pouvoirs sont très limités. La loi n'établit aucune assimilation entre l'administrateur de l'aliéné colloqué et le tuteur de l'interdit.

L'administrateur *provisoire* n'a pas qualité pour agir en dehors du cercle que la loi lui trace, et la justice, de son côté, n'a pas qualité pour l'habiliter à l'égard des actes que la loi n'a pas déterminés.

Toutes les fois qu'il s'agit de faire un acte que la loi ne prévoit point, l'administrateur provisoire est incapable; il n'y a d'autre ressource que de recourir à la mesure de l'interdiction.

L'art. 31 divise en trois classes les actes que l'administrateur provisoire peut faire.

A. — *Les actes qu'il peut faire seul.*

Ce sont : le recouvrement des créances; l'acquittement des dettes; la passation des baux pour trois ans au plus.

B. — *Les actes qu'il peut faire avec l'autorisation spéciale du président du tribunal.*

Ce sont : la vente du mobilier. *Mon. Not.*, 1889, p. 21; les demandes et les défenses en justice, sans distinction entre les matières mobilières et les matières immobilières. *P.* 1884, III, 239; les inventaires, comptes, liquidations et partages.

C. — *Les actes qu'il peut faire aux mêmes conditions que celles prescrites pour le tuteur de l'interdit.*

Ce sont : l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire; l'emprunt avec ou sans constitution d'hypothèque pour payer des dettes.

713. Le partage dans lequel un aliéné colloqué non interdit est intéressé, doit-il être fait dans certaines formes, lorsque

l'aliéné y est représenté par son administrateur provisoire dûment habilité ou par un notaire à ce commis, à défaut d'administrateur provisoire ?

Les lois de 1850 et de 1873 ne prescrivent aucune forme. Mais il y a un texte au Code de procédure, qui dispose que les formalités du partage judiciaire seront suivies dans les *licitations et partages* tendant à faire cesser l'indivision, lorsque parmi les copropriétaires il y a des mineurs ou autres personnes ne jouissant pas de leurs droits civils. Art. 984. Cette expression impropre "*ne jouissent pas de leurs droits civils*" veut certes désigner les autres incapables qui, comme les mineurs, sont pourvus d'un représentant légal ou judiciaire. A côté des mineurs, il faut donc placer dans ce texte les interdits, les absents et les aliénés colloqués. P. 1893, III, 148.

Ce premier point résolu, tout n'est pas dit encore. Quelles sont les formes judiciaires qu'il faudra suivre ? L'art. 9 de la loi du 12 juin 1816 forme-t-il le droit commun auquel tous les représentants légaux ou judiciaires d'incapables sont tenus de se conformer, ou bien les art. 966 et suiv. du Code de procédure sont-ils encore en vigueur pour les liquidations et partages qui concernent des absents ou des aliénés colloqués non interdits ? La seconde opinion prévaut dans la pratique. Il ressort des textes et des travaux préparatoires de la loi de 1816 que, les règles qu'elle trace ne concernent pas tous les incapables, mais seulement les mineurs et les interdits. B. J. 1889, p. 861 et 1891, p. 570 ; P. 1892, III, 192.

714. En théorie, on devrait décider que les significations à faire à l'aliéné colloqué ne peuvent être faites valablement qu'à son administrateur provisoire. Tel n'est pas le système de la loi. L'art. 31 décide d'abord que les significations peuvent être faites à l'administrateur provisoire, puis il ajoute que les significations faites au domicile de l'aliéné peuvent, suivant les circonstances, être annulées par les tribunaux. Les magistrats sont donc investis d'un pouvoir discrétionnaire pour maintenir ou annuler les significations faites au domicile de l'aliéné. La loi a craint de rendre les

tiers de bonne foi victimes d'une ignorance irrépréhensible, la collocation s'opérant sans jugement ni publicité.

SECTION 2^e. — De l'incapacité de l'aliéné colloqué.

§ 1^{er}. — DES ACTES POSTÉRIEURS A LA COLLOCATION.

Art. 34.

715. L'aliéné colloqué est-il frappé d'incapacité juridique?

D'après certains auteurs, la personne colloquée, même pourvue d'un administrateur provisoire, resterait pleinement capable. En principe donc, ses actes seraient tout aussi valables que ceux d'un majeur ordinaire. Ils ne seraient critiquables que si cette personne était en état de démence au moment *précis* de leur passation, et ce serait au demandeur à faire la preuve du défaut absolu de consentement de l'aliéné colloqué. L'art. 34 dérogerait cependant au droit commun en un point important : les actes faits dans un moment de folie par une personne séquestrée ne seraient plus inexistants pour cause de démence ; ils seraient simplement annulables, d'une nullité relative, parce que l'art. 34 renvoie à l'art. 1304 du Code, qui ne concerne que l'action en nullité pour vice de consentement et autres causes de nullité relative.

Cette interprétation aboutit à faire dire au législateur une véritable énormité. La collocation dans un établissement d'aliénés, loin d'entraîner une incapacité quelconque, produirait cet effet monstrueux que des actes inexistants pour cause de démence deviendraient simplement annulables et susceptibles à ce titre de confirmation expresse ou tacite. La loi ainsi entendue serait en contradiction avec le droit commun, et cela au détriment de la personne colloquée !

Le texte de la loi ne consacre aucunement ce système ; ses expressions : "*pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'art. 1304* „ montrent, au contraire, que l'art. 34 a eu pour but d'introduire une règle spéciale destinée à protéger les individus colloqués, qu'il a voulu rendre l'interdiction inutile en créant une action en nullité indépendante de celle de l'art. 502.

Voici quel est le système qui nous paraît résulter de cet art. 34 : tout acte fait pendant la séquestration est entaché de nullité relative; cette nullité est fondée sur la présomption que l'acte a été consenti dans un moment de démence; cette présomption se base elle-même sur le fait de la séquestration, séquestration qui ne s'opère et qui n'est maintenue que sur les attestations répétées de médecins de confiance (art. 11); la nullité, destinée à protéger l'aliéné, ne peut être invoquée que par lui et ses représentants, et jamais par la personne avec laquelle l'aliéné a contracté; l'aliéné ou ses représentants feront valoir cette nullité, suivant leurs intérêts.

716. Conformément à la règle de l'art. 1304 sur la durée des actions en nullité relative, l'action créée par notre art. 34 dure dix ans. Mais ces dix ans ne commencent pas à courir du jour de la cessation de l'incapacité, c'est-à-dire du jour où la séquestration a cessé. Art. 34, al. 2 et 3. La loi a pensé avec raison que l'aliéné, une fois guéri, n'aura le plus souvent gardé aucun souvenir des actes qu'il a pu faire pendant qu'il était interné, que ses héritiers pourront n'avoir jamais eu connaissance de ces actes, et qu'il était juste dès lors de ne faire courir le délai après lequel ils ne seront plus recevables à les attaquer, que du jour où ils auront été avertis de leur existence.

C'est là une différence entre l'interdit et l'aliéné colloqué. D'après le Code civil, en cas d'interdiction, les dix ans commencent toujours à courir du jour même de la mainlevée de l'interdiction et, si l'interdit est mort se trouvant encore en état d'interdiction, du jour même de son décès. Il peut arriver ainsi que l'ex-interdit ou ses héritiers aient perdu l'action en nullité sans avoir su qu'ils en étaient investis.

§ 2. — DES ACTES ANTÉRIEURS A LA COLLOCATION.

717. Les actes antérieurs à la collocation restent entièrement soumis au droit commun. Les lois de 1850 et de 1873 ne s'en occupent pas. Quant à l'art. 503 du Code, c'est une disposition exceptionnelle; on ne peut l'étendre de l'interdiction à la collocation dans un établissement d'aliénés.

SECTION 3^e. — De la cessation de l'incapacité.

718. L'incapacité cesse de plein droit dès que la séquestration elle-même vient à cesser régulièrement. Aussi l'art. 33 dispose-t-il que les pouvoirs conférés à l'administrateur provisoire ou au notaire commis à défaut d'administrateur provisoire cesseront de plein droit dès que la personne placée dans un établissement d'aliénés n'y sera plus retenue.

APPENDICE AUX CHAPITRES II ET III. — Du droit des héritiers d'attaquer les actes de leur auteur pour cause de démence.

Art. 504.

719. De droit commun, un acte peut être attaqué pour cause de démence, c'est-à-dire pour défaut de consentement, tant par l'auteur lui-même pendant sa vie, que par ses héritiers ou autres successeurs après sa mort, et la preuve du défaut de consentement peut être faite par tous moyens.

Par exception, l'art. 504 décide que les actes faits par un individu *décédé* ne peuvent être attaqués par ses héritiers (*sensu lato*), pour cause de démence, que dans deux cas : 1^o lorsque son interdiction a été prononcée ou tout au moins provoquée avant son décès; 2^o lorsque l'acte porte en lui-même la preuve de la démence.

L'art. 504 est fondé sur plusieurs motifs réunis et complexes. La loi s'est défiée de la promptitude avec laquelle les héritiers ou autres successeurs d'une personne allèguent souvent la démence de leur auteur, à propos des actes qui leur sont préjudiciables; elle a voulu prévenir les allégations de ce genre, lorsqu'elles ne se présenteront pas avec leur preuve toute faite, et qu'il faudrait s'engager dans des enquêtes d'une difficulté extrême. Elle a voulu aussi punir les héritiers de n'avoir point poursuivi l'interdiction de leur auteur de son vivant, comme c'était leur *devoir* de le faire, s'il était vrai qu'il fût dans le cas d'être interdit.

Le terme *démence* à l'art. 504 comprend toutes les espèces d'aliénation mentale; il n'y est pas pris par opposition à l'imbécillité et à la fureur. B. J. 1888, p. 1436.

720. La disposition exceptionnelle de l'art. 504 ne s'applique pas :

1° Aux donations entrevifs et aux actes de dernière volonté. Pour tous les actes à titre gratuit, l'art. 901 rétablit purement et simplement le droit commun; il permet, d'une manière absolue et à toutes personnes sans distinction, d'attaquer les actes à titre gratuit d'un individu qui n'était pas sain d'esprit. P. 1888, II, 227; D. 1891, II, 97.

2° Aux actes faits par un aliéné colloqué non interdit. L'art. 34 des lois de 1850 et de 1873 autorise textuellement les héritiers de l'aliéné qui a été colloqué à attaquer tous les actes que leur auteur a faits durant sa séquestration.

CHAPITRE IV. — DE LA MISE SOUS CONSEIL JUDICIAIRE.

721. Le conseil judiciaire est un curateur sans l'assistance duquel celui à qui il est donné, est incapable de faire certains actes juridiques déterminés par la loi. Art. 499 et 513.

Sommaire.

SECTION 1^{re}. — De la demande en mise sous conseil judiciaire.

SECTION 2^e. — Des effets de la mise sous conseil.

§ 1^{er}. — De l'incapacité de l'individu sous conseil.

I. — En matière judiciaire.

II. — En matière extrajudiciaire.

§ 2. — Du conseil judiciaire.

SECTION 3^e. — De la capacité de l'individu sous conseil.

SECTION 4^e. — De la cessation de la mise sous conseil.

SECTION 1^{re}. — De la demande en dation d'un conseil judiciaire.

722. Il y a deux causes de mise sous conseil judiciaire : la faiblesse d'esprit et la prodigalité.

Le prodigue est celui qui dissipe son patrimoine en dépenses folles ou inutiles, et va ainsi tout droit à sa ruine.

Le faible d'esprit est celui dont les facultés mentales se trouvent à un degré inférieur ou affaiblies, sans qu'il soit précisément en état d'imbécillité, de démence ou de fureur. Le Code ne dit point que la nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit peut avoir lieu sur une demande principale formée uniquement dans ce but. Il la suppose faite d'office par le tribunal saisi d'une demande en interdiction. Mais il va de soi qu'il n'est pas nécessaire de commencer par une demande en interdiction pour faire prononcer une mise sous conseil. Un tel formalisme n'est pas dans l'esprit du Code P. 1888, III, 104.

Toute personne peut être mise sous conseil pour l'une ou l'autre de ces causes. On conçoit très bien qu'il soit utile de faire placer sous conseil un mineur qui approche de sa majorité ou une femme mariée qui se trouve séparée de biens ou dont le mari néglige les intérêts. J. Liège, 1892, 1.

723. La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction. Art. 514.

La procédure de la demande en mise sous conseil est la même que celle de la demande en interdiction. Art. 514.

Le jugement ou l'arrêt portant nomination d'un conseil ne produit ses effets que du jour où il est rendu. Art. 502.

Le jugement ou l'arrêt de mise sous conseil doit être rendu public dans les mêmes formes que celui de mise en interdiction. Art. 501.

SECTION 2^e. — Des effets de la mise sous conseil.

§ 1^{er}. — DE L'INCAPACITÉ DE L'INDIVIDU SOUS CONSEIL.

724. La nomination d'un conseil judiciaire crée une incapacité déterminée par la loi aux art. 499 et 513. Les magistrats ne peuvent la modifier ni en plus ni en moins.

Le Code a modelé l'incapacité du prodigue sur celle du faible d'esprit. Cette assimilation complète n'est pas toujours bien rationnelle, notamment en ce qui concerne les actes judiciaires.

Les art. 499 et 513 sont de stricte interprétation, puisqu'ils dérogent au droit commun de l'art. 488. Si l'énumération des art. 499 et 513 est limitative, elle n'est pas d'interprétation judaïque; l'individu sous conseil est incapable de tous les actes qui rentrent, soit textuellement, soit virtuellement, dans les dispositions de ces articles.

I. — *En matière judiciaire.*

725. La défense faite au prodigue ou au faible d'esprit de *plaider* sans l'assistance de son conseil est tout à fait générale. Elle doit donc être appliquée sans aucune distinction entre les procès qui sont relatifs à sa personne et ceux qui concernent son patrimoine. L'assistance du conseil lui est nécessaire même pour intenter une action mobilière ou pour y défendre. Sous ce rapport, la capacité du prodigue ou du faible d'esprit est plus restreinte que celle du mineur émancipé.

L'assistance du conseil est toujours requise pour la validité de la procédure suivie par l'individu sous conseil ou contre lui. P. 1890, III, 287; D. 1892, II, 293.

La défense de plaider ne concerne que les instances entre l'individu sous conseil et des tiers. Elle n'empêche pas le prodigue ou le faible d'esprit de procéder seul contre son conseil dans une demande en révocation ou en remplacement. P. 1888, II, 281.

II. — *En matière extrajudiciaire.*

726. La défense de *transiger* est absolue. Elle doit être appliquée même aux contestations relatives à des meubles. L'interdiction de transiger emporte virtuellement celle de compromettre. Arg. des art. 1989 c. c. et 1003 c. p. c.

La défense d'*emprunter* est également absolue. Elle concerne les emprunts déguisés sous l'apparence d'achats à crédit aussi bien que ceux qui se font ouvertement. De même que le mineur émancipé, l'individu sous conseil ne peut emprunter sous aucun prétexte, même dans les limites de ses revenus, même pour les besoins de son administration. D. 1892, I, 536.

La défense de *recevoir des capitaux* doit être entendue comme celle qui est faite au mineur émancipé par l'art. 482. L'assistance que le conseil doit prêter à la réception des capitaux, implique le devoir d'en surveiller l'emploi. Autrement entendue, la formalité de l'assistance serait tout à fait dérisoire.

La défense d'*aliéner* porte non seulement sur les immeubles, mais encore sur les meubles; elle s'applique à l'aliénation partielle aussi bien qu'à l'aliénation totale; elle comprend tout mode d'aliénation autre que le testament, sans distinction entre les contrats à titre gratuit et les renonciations. Aucun texte ne fait d'exception pour le contrat exprès de mariage; la maxime : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, n'est écrite nulle part comme disposition générale, et il faudrait un texte pour l'admettre, car elle constitue une exception aux principes de la capacité des personnes. D. 1892, I, 369.

C'est surabondamment que la loi ajoute : *ni grever ses biens d'hypothèques*. La constitution d'une hypothèque est, en effet, une aliénation partielle.

De la combinaison du principe que l'assistance du conseil doit être spéciale à chaque acte, avec cet autre principe que l'individu sous conseil est incapable d'emprunter, de recevoir un capital quelconque, et d'aliéner même de simples meubles, il suit que la profession de *commerçant* est incompatible avec la situation du prodigue ou du faible d'esprit placé sous conseil judiciaire. C'est là une nouvelle différence avec le mineur émancipé, qui peut obtenir une autorisation générale de faire le commerce. P. 1889, I, 316.

727. Les actes pour lesquels la loi exige l'assistance du conseil judiciaire sont *nuls de droit* lorsqu'ils ont été faits sans cette assistance. Art. 502. Malgré la formule incorrecte de ce texte, il est bien évident que le défaut d'assistance du conseil ne peut entraîner la nullité que de ceux des actes pour lesquels l'art. 513 requiert cette assistance.

Cette action en nullité ouverte par l'art. 502 est régie par

tous les principes qui ont été exposés précédemment (n° 691). D. 1891, I, 454.

728. La mise sous conseil judiciaire ne produit d'effet que pour l'avenir. A la différence de l'interdiction, elle n'exerce aucune influence sur les actes accomplis avant le jugement. L'art. 503 ne vise que les actes antérieurs à l'*interdiction*, il n'ajoute pas les mots : ou à la nomination du conseil judiciaire. Ce silence est d'autant plus significatif que l'art. 502 venait de parler à la fois des actes passés par l'interdit et des actes passés par l'individu sous conseil.

Toutefois la jurisprudence invoque avec raison le grand principe : *fraus omnia corrumpit*, pour prononcer l'annulation des actes antérieurs à la mise sous conseil, lorsqu'ils ont été concertés entre le prodigue et ses cocontractants en vue d'éluder à l'avance les conséquences de la nomination du conseil. D. 1899, I, 59 et 300.

§ 2. — DU CONSEIL JUDICIAIRE.

729. Ainsi que le mot *judiciaire* l'indique, le conseil doit toujours être nommé par le tribunal. Il n'y a pas de conseil *légal*. Le mari lui-même n'est pas de droit le conseil de sa femme.

730. Les fonctions du conseil constituent une véritable *curatelle*, puisqu'elles se résument toutes dans l'*assistance*. Les diverses règles exposées au titre précédent, quant au curateur du mineur émancipé, s'appliquent sans difficulté au conseil judiciaire.

Comme on l'a déjà dit, l'*assistance* ne peut pas consister dans une simple autorisation; elle implique la présence du conseil en personne ou par mandataire à l'acte qu'il s'agit de passer. Ce qui caractérise l'*assistance*, c'est la coopération. J. Liège 1890, p. 372.

L'*assistance* du conseil suffit toujours pour habiliter le prodigue ou le faible d'esprit. Jamais l'autorisation du conseil de famille ni l'homologation du tribunal ne sont nécessaires. C'est là une différence entre la *curatelle* de l'individu sous conseil et celle du mineur émancipé.

731. Quid si le conseil judiciaire refuse d'assister le prodigue ou le faible d'esprit dans un acte que celui-ci veut faire? L'incapable ne peut-il exercer aucun recours contre ce refus qui peut être abusif? La jurisprudence répond avec raison que les tribunaux, chargés par la loi de nommer des conseils judiciaires aux prodigues et aux faibles d'esprit, ont par cela même le droit de remplacer ces conseils d'une manière absolue, ou seulement pour un cas déterminé, lorsqu'ils se trouvent empêchés ou qu'ils refusent, sans motifs légitimes, leur assistance aux actes pour lesquels cette assistance est nécessaire. P. 1887, III, 270; 1882, II, 346; D. 1890, II, 257; 1892, II, 209.

On a dit que les actes faits sans l'assistance du conseil, lorsqu'elle était nécessaire, sont nuls de droit. Cette nullité est simplement relative. Art. 1125, al. 2.

L'action en nullité peut-elle être exercée par le conseil, lorsque l'incapable refuse de l'intenter? La négative est certaine. Le conseil n'est pas le représentant de l'incapable; sa mission n'est pas d'agir pour lui, mais simplement de l'assister. P. 1881, II, 5; D. 1882, I, 33.

732. Aucune loi ne défend au conseil judiciaire d'acquérir des biens de son pupille. Mais il faut en pareil cas que le pupille soit assisté d'un curateur *ad hoc*, à raison de l'opposition de ses intérêts avec ceux de son curateur ordinaire. P. 1886, II, 189; D. 1892, II, 209.

SECTION 3^e. — De la capacité de l'individu sous conseil.

733. L'individu placé sous conseil judiciaire reste capable de tous les actes qui ne lui sont pas défendus par la loi. Ainsi il n'est pas douteux qu'il peut se marier, qu'il conserve l'administration de son patrimoine et la disposition de ses revenus.

Malgré les art. 499 et 513 qui lui font une prohibition générale d'aliéner, il reste capable de faire certaines ventes, celles qui rentrent essentiellement dans l'administration, comme les ventes de récoltes. La loi n'a entendu lui interdire que les actes de *disposition*.

Il reste aussi capable de disposer par testament. Le mot *aliéner*, dans son acception juridique et technique, ne saurait comprendre la disposition testamentaire par laquelle le testateur lui-même ne se dépouille pas et n'*aliène* pas en ce qui le concerne, mais par laquelle il prive seulement ses héritiers des objets par lui légués. P. 1886, II, 189. Il ne s'agit d'ailleurs ici que de la capacité *civile* de l'individu sous conseil, de l'application des art. 499 et 513. Il restera toujours à examiner cette question de *fait*, si le testateur était sain d'esprit au jour de la confection de son testament. Art. 901.

734. L'individu sous conseil peut-il s'obliger autrement que par les actes prohibés par les art. 499 et 513, et notamment peut-il contracter toutes sortes de baux et faire des achats à crédit ?

Il est de jurisprudence que les engagements contractés par le prodigue ou le faible d'esprit cessent d'être valables lorsqu'ils sont excessifs, soit parce qu'ils dépassent ses ressources, soit parce qu'ils ne répondent pas à ses besoins. D. 1890, II, 64 ; P. 1893, III, 51. Certains tribunaux ne vont pas aussi loin : ils se bornent à accorder le privilège de réduction à l'individu sous conseil ; ils lui appliquent l'art. 484 par voie d'analogie. P. 1885, III, 27.

En droit strict, il faut décider que l'individu sous conseil reste pleinement capable de s'obliger autrement que par voie d'aliénation ou par voie d'emprunt direct ou déguisé. Ses autres engagements ne sont pas annulables, car aucune loi ne le frappe d'une manière générale de l'incapacité de s'obliger ; on ne peut pas conclure de l'incapacité d'aliéner à l'incapacité *générale* de s'obliger. Arg. des art. 1123 et 1124. Ils ne sont pas non plus réductibles en cas d'excès, car aucune loi ne lui accorde le privilège de réduction ; on ne peut transporter l'art. 484, al. 2, d'une matière dans une autre.

La loi est essentiellement défectueuse, mais il n'appartient pas à l'interprète de la corriger. Le Code a eu pour unique préoccupation d'empêcher le prodigue de se procurer de

l'argent. Il lui a enlevé ainsi plus d'un moyen de se ruiner, mais il ne les lui a pas enlevés tous. Il a oublié les causes de dépenses telles que les achats et les baux.

735. On s'est aussi demandé si l'exécution forcée des obligations contractées valablement par le prodigue sans l'assistance de son conseil, peut être poursuivie non seulement sur ses revenus, mais sur son patrimoine tout entier?

Certains tribunaux décident à tort que cette exécution forcée ne peut être pratiquée que sur les revenus. Ils font valoir que l'individu sous conseil est incapable d'aliéner, et qu'on aliène de deux manières : soit directement, par vente, échange, etc., soit indirectement, en contractant des obligations qui confèrent au créancier le droit de faire vendre les biens du débiteur. P. 1890, III, 292.

Le vice de cette argumentation est encore une fois de confondre les actes d'aliénation avec les actes d'obligation. Celui qui ne contracte qu'une simple obligation ne se dépouille vraiment d'aucun bien; aliéner, c'est : *rem suam alienam facere*. Il est seulement vrai de dire avec la loi hypothécaire, art. 7, que celui qui s'est obligé est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. Le système contraire conduit à cette solution manifestement fausse que le créancier d'un mineur en vertu d'une simple obligation contractée par le tuteur, ne peut poursuivre, pour se payer, l'expropriation des immeubles du pupille.

SECTION 4^e. — De la cessation de la mise sous conseil.

736. La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil ne peut être levée qu'en observant les formalités prescrites pour la faire prononcer. Art. 514, al. 2. Il faut appliquer ici tout ce qui a été dit relativement à la cessation de l'interdiction.

La mort du conseil judiciaire n'a point pour effet de rétablir le prodigue ou le faible d'esprit dans le libre exercice de ses droits. Il y a lieu, en pareil cas, à la nomination d'un nouveau conseil.

LIVRE DEUXIÈME.

Des biens et des différentes modifications de la propriété ⁽¹⁾.

737. Après avoir traité, dans le premier livre, des personnes et des droits qui leur sont inhérents, c'est-à-dire des *droits personnels*, le Code traite, dans le deuxième et le troisième livres, des *droits patrimoniaux*, c'est-à-dire des *droits réels* et des *droits de créance ou d'obligation*.

Le deuxième livre est consacré à la distinction des biens, à la propriété et aux autres droits réels.

738. Le droit *réel* est celui qui nous confère un pouvoir direct sur une chose. Ce qui le distingue, c'est qu'il frappe sans aucun intermédiaire la chose à laquelle il se rapporte; il la soumet directement, d'une manière plus ou moins complète, à notre domination; il est inhérent à cette chose. Il n'y a dans le droit réel que deux éléments : 1° une personne, sujet actif du droit, le titulaire du droit; 2° une chose, objet du droit.

Le droit de *créance* est celui que nous avons contre une personne déterminée et qui nous permet d'exiger d'elle une prestation quelconque : la dation d'une chose, l'accomplissement ou l'abstention d'un fait. Il y a dans le droit de créance trois éléments : 1° une personne, sujet actif du droit, que l'on appelle le créancier; 2° une autre personne, sujet passif du droit, que l'on appelle le débiteur; 3° une chose, un fait ou une abstention, objet du droit. On voit qu'il existe dans le droit de créance, entre le titulaire du droit et l'objet du droit, un intermédiaire qui ne se rencontre pas dans le droit

(¹) PROUDHON. *Traité du domaine privé, du domaine public, des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*.

réel : cet intermédiaire, c'est le débiteur. Les droits de créance sont dénommés quelquefois droits *personnels*. Cette dernière expression prête à l'équivoque parce qu'elle a plusieurs acceptions différentes; on s'en sert pour désigner soit un droit qui s'éteint à la mort de celui auquel il appartient et ne passe donc pas à ses héritiers, (art. 617), soit un droit qui n'est pas susceptible d'être exercé par les créanciers du titulaire, agissant de son chef en vertu de l'art. 1166.

739. En droit romain, les droits réels et les droits de créance présentaient une différence marquée, au point de vue des faits qui pouvaient leur donner naissance. Aujourd'hui, les droits réels comme les droits de créance naissent de la volonté des parties aussi bien que de la loi; le simple consentement transfère la propriété et les autres droits réels, comme il fait naître les créances. Art. 1138.

Les différences qui séparent les droits réels et les droits de créance et qui tiennent à leur nature propre, sont les suivantes :

1° Le droit réel a nécessairement pour objet une chose. Le droit de créance peut avoir pour objet soit une chose, soit un fait qu'il faut accomplir ou dont on doit s'abstenir. Le droit réel suppose de plus une chose déterminée dans son individualité. Un droit *dans la chose* ne saurait en effet porter sur une chose indéterminée. Le droit de créance peut s'appliquer à une chose désignée seulement par son espèce.

2° Le droit réel, par cela même qu'il frappe directement une chose, est absolu; il existe vis-à-vis de tous les hommes, chacun a le devoir de le respecter. Il emporte donc un *droit de suite*, c'est-à-dire que celui auquel il appartient peut le faire valoir contre tout détenteur de la chose sur laquelle il porte.

Le droit de créance est simplement relatif; il n'a d'existence que contre le débiteur et ses représentants; tous les autres membres du corps social y restent étrangers. Pour les créances, il ne peut donc être question d'un droit de suite; le créancier ne peut poursuivre que la personne du débiteur ou ses représentants et leur patrimoine, tel qu'il

est au moment des poursuites, sans avoir le droit d'atteindre les choses qui en faisaient partie et auraient été aliénées valablement par le débiteur. Les acquéreurs à titre particulier des choses du débiteur ne sont pas tenus des obligations de ce dernier.

3° Le droit réel affectant la chose même sur laquelle il porte et y étant pour ainsi dire imprimé, cette chose ne peut plus être l'objet de nouveaux droits réels que sous la réserve de celui dont elle est déjà grevée. Le droit réel implique donc un *droit de préférence*, c'est-à-dire que lorsque plusieurs personnes ont, à des dates différentes, acquis sur une chose, soit le même droit réel, soit des droits réels différents qui se trouvent en conflit l'un avec l'autre, le droit acquis antérieurement l'emporte, en principe ⁽¹⁾, sur le droit acquis plus tard.

Le droit de créance n'entraîne aucune préférence. Rien n'empêche celui qui s'est obligé envers moi de s'obliger encore de la même manière et avec la même étendue envers d'autres. En cas de collision de divers droits de créance contre un même débiteur, aucun des créanciers n'est préféré aux autres. Si donc les biens du débiteur ne sont pas suffisants pour acquitter toutes ses dettes, la perte se répartit au marc le franc entre tous ses créanciers, sans que l'on ait à rechercher la date respective de leurs créances.

TITRE I^{er}.

De la distinction des biens.

740. Dans ce titre, le Code considère les biens sous deux points de vue différents. Il les envisage d'abord en eux-mêmes, d'après la nature qui leur est propre ou qui leur est attribuée par une fiction légale; c'est l'objet des deux premiers chapitres que nous réunirons en un seul. Il les envisage

(1) Sauf toutefois la question de la publicité exigée par la loi hypothécaire.

ensuite par rapport aux personnes qui les possèdent ; c'est l'objet du troisième chapitre.

741. Le Code comprend sous le nom de *biens* :

1° Toutes les choses matérielles susceptibles de procurer à l'homme un avantage propre et exclusif, en un mot toutes les choses appropriables. L'air et la mer sont des choses, mais non des biens. Les choses appropriables s'appellent *biens corporels*.

2° Les droits eux-mêmes que nous pouvons avoir sur les choses ou à leur occasion, en un mot les droits patrimoniaux. Les droits réels et les droits de créance s'appellent *biens incorporels*.

Théoriquement, le droit de propriété devrait figurer, comme tous les autres droits, parmi les biens incorporels. Il n'en est rien cependant. Le législateur identifie le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte, et cette chose étant corporelle, il considère le droit de propriété comme un droit corporel. Arg. de l'art. 526, qui omet le droit de propriété d'un immeuble dans la liste des droits considérés comme biens immobiliers. Cette identification du droit de propriété et de la chose qui en est l'objet, s'explique par une habitude du langage ; la propriété étant le pouvoir de disposer souverainement d'une chose, le propriétaire ne dit pas : *J'ai le droit de propriété sur telle chose* ; il se borne à indiquer la chose pour exprimer son droit, en disant : *J'ai telle chose ou telle chose est à moi*.

L'ensemble des biens d'une personne constitue son *patrimoine*.

CHAPITRE 1^{er}. — DE LA DISTINCTION DES BIENS EN IMMEUBLES & MEUBLES.

Sommaire :

SECTION 1^{re}. — Des immeubles.

§ 1^{er}. — Des immeubles par nature.

§ 2^e. — Des immeubles par destination du propriétaire.

§ 3^e. — Des immeubles par détermination de la loi.

SECTION 2^e. — Des meubles.

§ 1^{er}. — Des meubles par nature.

§ 2^e. — Des meubles par détermination de la loi.

§ 3^e. — De quelques définitions légales relatives aux biens meubles.

§ 4^e. — De la division des meubles en choses consommables et non consommables, en choses fongibles et non fongibles.

SECTION 3^e. — De l'influence de la maxime : *Mobilium vilis et abjecta possessio*.

742. D'après l'étymologie et la tradition romaine, la division des biens en meubles et immeubles ne devrait s'appliquer qu'aux biens corporels, car on ne peut agiter la question de déplacement d'un bien qui n'a pas d'existence matérielle et ne peut être perçu que par l'intelligence. Cette division est aujourd'hui une création purement arbitraire de la loi civile. Non seulement le Code range parmi les immeubles certains biens corporels *quae moveri possunt*, art. 524, mais encore et surtout il donne à la division un caractère de généralité absolue : *tous les biens*, dit l'art. 516. Donc, quel que soit le bien corporel ou incorporel figurant dans le patrimoine d'une personne, il faut absolument qu'il prenne place soit parmi les immeubles, soit parmi les meubles.

Pourquoi le Code fait-il rentrer les biens incorporels dans la classification des meubles et des immeubles ? C'est que cette classification doit dominer tout le droit privé ; dans une foule de matières, les biens immeubles seront régis par des règles toutes différentes de celles qui seront appliquées aux biens meubles.

Les principaux points de vue auxquels apparaît l'intérêt de la distinction des biens en meubles et immeubles, sont les suivants :

1^o Le tuteur n'a point, sur les immeubles les mêmes pouvoirs que sur les meubles. — Tel qui est incapable d'aliéner ses immeubles, peut aliéner ses meubles.

2^o Les meubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, tombent dans la communauté, les

immeubles n'y tombent pas. — Le mari, pendant la communauté, a des pouvoirs plus étendus sur les meubles que sur les immeubles.

3° La plupart des immeubles peuvent être grevés d'hypothèque, les meubles n'en sont pas susceptibles.

4° L'aliénation entrevifs des immeubles est soumise, vis-à-vis des tiers, à des formalités qui ne sont point établies pour les meubles.

5° Les règles de la prescription ne sont pas les mêmes pour les immeubles et pour les meubles.

6° Les formes de la saisie immobilière diffèrent de celles de la saisie mobilière.

743. L'art. 517 énumère les trois classes d'immeubles : les biens sont immeubles par leur nature, par la destination du propriétaire ou par la détermination de la loi. L'art. 527 distingue deux sortes de meubles : les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi.

SECTION 1^{re}. — Des immeubles.

§ 1^{er}. — DES IMMEUBLES PAR NATURE.

Art. 518 à 521 et 523.

744. Les immeubles par nature sont : 1° les fonds de terre; 2° les constructions inhérentes au sol et leurs accessoires nécessaires; 3° les arbres et plantes sur pied et les fruits et récoltes pendants par branches ou par racines.

Les fonds de terre sont les seuls biens véritablement immeubles par leur nature. Les constructions et les plantations ne sont traitées comme des immeubles que parce qu'elles s'identifient avec le sol et ne font qu'un seul tout avec lui. Aussi les appelle-t-on souvent immeubles *par incorporation* ou *accession*.

745. Par *fonds*, il faut comprendre d'abord la surface du sol nu de constructions (les constructions constituent la superficie), puis le tréfonds, c'est-à-dire le dessous du sol avec tout ce que renferme la terre. Le tréfonds reste immeuble lorsqu'il devient juridiquement distinct de la

surface. C'est ce qui a lieu dans le cas de concession d'une mine par le Gouvernement. Art. 8 de la loi du 21 avril 1810.

Par le terme *bâtiments* employé par l'art. 518, il faut entendre toutes les constructions faisant corps avec le sol, sans qu'il y ait à tenir compte de leur forme, de leur destination perpétuelle ou temporaire, de leur situation et de la nature des matériaux avec lesquels elles ont été faites. Quant aux constructions qui ne sont pas réellement incorporées au sol, comme les constructions faites sans fondements ni pilotis pour une foire, ce ne sont pas des immeubles. Il faut aussi ranger parmi les immeubles par nature toutes espèces de machines ou d'ouvrages fixés sur maçonnerie ou sur piliers, encore qu'ils ne fassent pas partie d'un bâtiment. Pour qu'un moulin à vent ou à eau soit immeuble, il n'est pas nécessaire qu'il soit fixé par des piliers *et qu'en outre* il fasse partie d'un bâtiment. L'une de ces deux circonstances suffit, en effet, pour opérer l'incorporation au sol. Art. 519 et 531 cbn.

Ce ne sont pas seulement les constructions elles-mêmes qui sont immeubles par nature; leurs accessoires nécessaires le sont également. Les portes, les fenêtres, les escaliers, les cheminées, les volets que l'on enlève le matin pour les remettre le soir, sont immeubles par nature, parce qu'ils sont partie intégrante du bâtiment. Il en est de même des tuyaux de canalisation pour une distribution d'eau, de gaz, etc.; ils sont un accessoire nécessaire de l'immeuble pour le service duquel ils sont établis. P. 1886, I, 193; D. 1887, II, 81.

Les bâtiments et autres ouvrages incorporés au sol et leurs accessoires nécessaires sont immeubles par nature, sans qu'il y ait à distinguer s'ils ont été construits par le propriétaire du terrain ou par toute autre personne, par exemple par un usufruitier ou un preneur à bail. Les questions d'indemnité qui pourront être débattues entre le propriétaire du sol et le constructeur n'enlèvent pas son caractère immobilier à la construction.

Il faut admettre la même solution quand il s'agit de constructions faites par un locataire ou un fermier, en vertu

d'une clause formelle du bail qui l'autorise à construire et à demeurer propriétaire des constructions pendant la durée du bail, sauf, à l'expiration du bail, à rendre le fonds dans son état primitif. Si, durant le bail, il vend la construction à un tiers, il vend bien réellement un immeuble. P. 1872, I, 183; D. 1892, II, 409.

746. Les arbres, les plantes et les récoltes de toutes sortes sont immeubles par nature, aussi longtemps qu'ils sont incorporés au sol. Arg. des art. 520 et 521. La terre immobilise tout ce à quoi elle donne la vie. *Pars fundi esse videntur*. Il en est ainsi même des arbres des pépinières.

Il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir par qui ni aux frais de qui les plantations ou les semailles ont été faites. C'est le fait matériel de l'incorporation qui est la cause efficiente de l'immobilisation.

Les arbres et les plantes ne présentent le caractère d'immeubles par nature qu'autant qu'ils se nourrissent dans le sol. Lorsqu'au lieu d'être en pleine terre, ils sont placés dans des caisses, ils sont meubles, et cela alors même que ces caisses auraient été mises en terre.

Dans l'ancien droit, les fruits, les récoltes, les arbres des taillis ou des futaies aménagées étaient quelquefois censés meubles avant d'avoir été recueillis, coupés ou abattus. Ils étaient réputés meubles dès que l'époque de la maturité ou de la coupe était arrivée. C'est afin de rompre avec ces précédents que les art. 520, al. 3, et 521 ont été écrits.

La conséquence naturelle du principe des arts. 520 et 521 serait que les récoltes pendantes et les fruits non encore détachés ne pourraient jamais être saisis qu'avec le fonds lui-même et selon les formes de la saisie immobilière. L'art. 626 c. pr. civ. repousse cette conséquence; il autorise la saisie des fruits et des récoltes comme choses mobilières distinctes du fonds, durant les six semaines qui précèdent l'époque ordinaire de leur maturité.

747. Toutes les choses qui ne revêtent la qualité d'immeubles par nature qu'à raison de leur incorporation au sol, la perdent d'une manière absolue dès que l'incorporation

vient à cesser. Elles deviennent meubles au fur et à mesure qu'elles sont effectivement séparées du sol. Art. 520, al. 2, et 532.

L'art. 23 de la loi du 15 août 1854, sur l'expropriation forcée, a dérogé à ce principe, en ce qui concerne les fruits recueillis par le saisi postérieurement à la saisie du fonds.

Les matériaux, les arbres, les plantes et les fruits qui se trouvent incorporés au sol, doivent être considérés comme des meubles lorsqu'ils forment directement et en eux-mêmes la matière d'une convention ou d'une disposition entre vifs ou testamentaire, faite en vue et sous la condition de leur séparation. C'est qu'ils sont alors considérés non pas dans leur état présent, dans leur union actuelle avec le sol, mais dans leur état futur, c'est-à-dire dans l'individualité distincte que leur donnera la séparation d'avec le sol. Le droit de l'acquéreur d'une récolte à faire, de matériaux à provenir d'une démolition, est un droit mobilier : c'est le droit de faire la coupe, la démolition, c'est-à-dire de réaliser à son profit des objets mobiliers. Il en est de même du droit qui a pour objet le phosphate à extraire du sol. J. Liège, 1892, p. 337.

D'ordinaire, cette règle n'est pas opposable aux tiers qui ont déjà ou qui acquièrent des droits réels sur le fonds et ses accessoires dans leur état actuel et apparent. La convention ou la disposition en vertu de laquelle la mobilisation doit s'opérer, n'a d'effet qu'à l'égard des parties et de leurs successeurs universels. C'est que cette convention ou cette disposition n'a engendré qu'un simple droit de créance. Lors donc que le propriétaire d'un immeuble hypothéqué a vendu les matériaux à provenir de la démolition du bâtiment, le créancier hypothécaire peut mettre obstacle à l'exécution de la vente et empêcher la séparation des objets vendus du sol ; son droit réel l'emporte sur le droit de créance de l'acquéreur.

Il suivrait aussi de là que le propriétaire d'un fonds grevé d'hypothèque ne pourrait pas en vendre les fruits et récoltes sur pied, au préjudice du créancier hypothécaire, puisque ce serait vendre une partie du fonds. L'art. 45, al. 5, de la loi

hypothécaire écarte cette solution rigoureuse; le créancier hypothécaire doit respecter les ventes ordinaires de bois, taillis et de futaies mises en coupes réglées, lorsqu'elles ont été faites de bonne foi par le propriétaire suivant l'usage des lieux. Cette décision est applicable aux ventes de toutes autres espèces de fruits. C'est que le propriétaire du fonds hypothéqué reste administrateur de son bien au regard du créancier hypothécaire; or, la vente de fruits sur pied dans une époque voisine de leur maturité, n'est qu'un acte d'administration; dès lors, elle doit être opposable au créancier hypothécaire.

§ 2°. — DES IMMEUBLES PAR DESTINATION.

Art. 522, 524 et 525.

748. Les immeubles par destination sont des choses mobilières de leur nature que le propriétaire d'un fonds y a placées pour le service et l'exploitation de ce fonds, ou qu'il y a attachées à perpétuelle demeure pour en augmenter l'agrément. Ces choses mobilières deviennent immeubles par la relation qui s'établit ainsi entre elles et le fonds. Les immeubles par destination sont donc des choses qui, suivant les époques, peuvent être mobilières ou immobilières; c'est là une analogie avec les immeubles par incorporation; il existe cependant entre ces deux catégories de biens une différence profonde. Les immeubles par incorporation font partie intégrante du fonds dont ils sont l'accessoire; ils n'ont pas d'individualité propre, le sol les absorbe dans sa propre substance. Les immeubles par destination ne se rattachent pas au fonds d'une façon aussi énergique; ils conservent une existence séparée; ils restent physiquement indépendants de l'immeuble. Leur immobilisation est purement fictive.

Le principe de l'immobilisation fictive a pour objet d'empêcher que, par suite d'une transmission de propriété par succession, par contrat de mariage ou par expropriation forcée, le fonds ne soit séparé des objets mobiliers qui y ont

été attachés pour son exploitation ou son agrément. Ce système soumet aux mêmes règles juridiques, dans les nombreuses circonstances où les meubles sont régis par d'autres principes que les immeubles, des choses destinées à demeurer unies parce qu'elles se complètent l'une l'autre.

C'est ainsi que les immeubles par destination ne peuvent être saisis séparément du fonds, art. 592 c. pr. civ.; qu'ils demeurent propres à l'époux avec le fonds lui-même, lorsque cet époux se marie sous le régime de la communauté légale, art. 1404; qu'ils sont compris dans le legs, art. 1018 et 1064, dans la vente, art. 1615, et dans l'hypothécaution du fonds lui-même, art. 45 de la loi hypothécaire.

749. Plusieurs conditions sont nécessaires pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination :

1° Il faut d'abord supposer l'existence d'un fonds. Ce fonds peut être un domaine agricole, ou bien constituer soit une exploitation industrielle, soit une exploitation commerciale. La loi ne distingue pas.

2° Il faut que l'objet soit placé sur le fonds par le propriétaire de ce fonds. L'immobilisation par destination ne peut émaner que du propriétaire même ou de son représentant. Elle ne peut résulter du fait d'un locataire, d'un fermier, ni même d'un usufruitier. C'est là ce qui établit une différence capitale entre les immeubles par incorporation et les immeubles par destination. L'immobilisation par incorporation peut être l'œuvre de toute personne quelconque; l'immobilisation par destination ne peut émaner que du propriétaire seul.

3° Il faut que le propriétaire du fonds soit aussi propriétaire de l'objet mobilier qu'il y place.

4° Il faut que l'objet soit placé sur le fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds ou qu'il y soit attaché à perpétuelle demeure. Il y a deux classes d'immeubles par destination. La première comprend les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds. Ces objets sont, à raison de cette seule circonstance,

immeubles par destination. Art. 522 et 524, al. 1^{er} à 12. La seconde classe comprend les objets que, dans un tout autre intérêt, pour l'utilité ou l'ornement, le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure. Art. 524, al. final.

750. Le principe de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle est fixé par l'art. 524, al. 1^{er}. Des applications de ce principe sont faites par les al. 2 à 12 du même article. Ces applications ne sont pas limitatives, arg. du mot *ainsi*; mais le principe lui-même est essentiellement limitatif.

Le principe est que tout objet mobilier rattaché par le propriétaire à un fonds, pour en assurer le service et l'exploitation, devient par ce fait, et tant que la destination subsiste, immeuble par destination.

On ne doit pas confondre l'exploitation d'un fonds avec le simple exercice d'une profession dans un fonds. Il faut absolument que l'objet soit nécessaire à l'exploitation du fonds dans l'état où celui-ci se trouve. Il importe peu d'ailleurs que ce fonds soit une terre, une ferme, une usine, un bâtiment avec destination spéciale; mais il faut toujours que l'objet soit destiné à l'exploitation de l'immeuble d'une manière directe et nécessaire, eu égard à l'espèce et aux besoins de cette exploitation. Ainsi, il est de jurisprudence que les meubles meublants qui garnissent un bâtiment exploité comme hôtel n'ont le caractère d'immeubles par destination que si l'édifice a été spécialement construit ou aménagé pour servir d'hôtellerie, en sorte qu'il ne pourrait recevoir une autre affectation sans que sa valeur en fût dépréciée. P. 1891, III, 15; D. 1892, II, 551. Ainsi encore, il a été jugé que parmi les chevaux trouvés dans les écuries d'un établissement industriel, doivent seuls être considérés comme immeubles par destination, ceux que le propriétaire utilise réellement pour les besoins de son exploitation, et non pas également les bêtes de luxe, les étalons servant principalement à la saillie, et les chevaux qui ne sont dans les écuries que pour être offerts en vente. P. 1887, II, 312; 1889, II, 231. Mais il est à remarquer que les chevaux et

chariots utilisés pour les besoins de l'exploitation d'une usine rentrent dans la catégorie des immeubles par destination, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les chevaux attachés aux travaux intérieurs de l'usine et ceux servant au transport des produits fabriqués. P. 1892, III, 348; *Mon. Not.*, 1892, p. 265; 1893, p. 2.

Le Code n'exige pas pour qu'il y ait immobilisation par destination agricole ou industrielle, que le propriétaire exploite lui-même son fonds. Art. 522 et 524, al. 5. Ainsi, si le propriétaire d'une usine la donne à bail et que par le contrat il livre au locataire les machines et les ustensiles nécessaires à l'exploitation, l'immobilisation s'opèrera certainement et elle sera prouvée par la convention même de bail.

Le Code n'exige pas non plus que le propriétaire agisse dans un esprit de perpétuité en plaçant sur son fonds les objets nécessaires à l'exploitation. La perpétuelle demeure n'est nécessaire que lorsque l'immobilisation a lieu dans un intérêt autre que l'intérêt agricole ou industriel du fonds. Les animaux placés sur un domaine pour y être engraisés et ensuite vendus sont donc immeubles, à la condition qu'ils soient destinés à consommer sur place la récolte du domaine, et ne soient pas engraisés à l'aide d'une nourriture provenant du dehors.

751. Le principe de l'immobilisation par destination à perpétuelle demeure est fixé par l'art. 524, al. final. L'explication du principe est donnée par l'art. 525.

Tout ce qui concerne cette immobilisation peut se résumer en deux propositions :

1° La seule volonté du propriétaire d'attacher l'objet à son fonds pour toujours, comme un accessoire permanent, ne suffit pas pour créer l'immobilisation. Il faut que sa volonté se manifeste par des dispositions matérielles. Art. 525.

2° Les dispositions matérielles déterminées par l'art. 525 comme indices de perpétuité ne sont pas limitatives. Il se borne à rappeler les faits par lesquels le propriétaire manifeste le plus souvent sa volonté. L'immobilisation peut résulter de tout mode d'union physique et apparente indi-

quant d'une manière non équivoque, l'intention du propriétaire d'attacher à son fonds tel ou tel objet à perpétuité. L'art. 524, en effet, ne subordonne pas l'immobilisation à la condition d'un mode déterminé d'adjonction. Et quant à l'art. 525, rien n'annonce dans sa rédaction que le législateur ait eu la volonté de rendre limitatives les indications qu'il renferme. J. Liège, 1892, p. 40.

Les trois derniers alinéas de l'art. 525 renferment des décisions particulières concernant les glaces, les tableaux et les statues. Ces règles ne sont pas plus restrictives que celles du premier alinéa. Si les objets en question sont placés comme l'indique le texte, il n'y aura pas de doute; dans le cas contraire, le juge aura à apprécier s'il existe quelque signe extérieur donnant la certitude d'une adhérence permanente et démontrant ainsi la volonté du propriétaire de les attacher à perpétuité à la décoration de l'immeuble. Ainsi il est de jurisprudence que des glaces encastrées dans des moulures en plâtre et des peintures sur toile appliquées au plafond sont immeubles par perpétuelle demeure.

Comment distinguer dans un bâtiment les parties qui sont immeubles par nature selon l'art. 518, d'avec les objets qui sont immeubles par destination à perpétuelle demeure selon l'art. 524, al. final? Sont immeubles par nature tous les objets qui font partie intégrante et constitutive du bâtiment, tous ceux sans lesquels le bâtiment ne serait pas complet. Sont immeubles par destination, tous les objets qui peuvent être séparés du bâtiment sans qu'il cesse pour cela d'être complet, qui ne constituent que de simples accessoires servant à le rendre plus utile ou plus agréable. Les premiers ont perdu, par l'emploi qui en a été fait, leur individualité propre; ils ne forment plus avec le bâtiment qu'une seule et même chose. Les seconds conservent au contraire leur existence individuelle et distincte; associés à l'immeuble, ils le servent sans être absorbés par lui.

752. Les mêmes causes qui font perdre aux immeubles par incorporation le caractère immobilier, le font perdre également aux immeubles par destination. Ainsi les objets de cette

nature redeviennent meubles d'une manière absolue par leur séparation du fonds sur lequel ils étaient placés ou auquel ils se trouvaient attachés. Ainsi encore, la vente d'objets immobilisés par destination faite séparément du fonds, n'est qu'une vente mobilière, en ce qui touche la nature du droit acquis par l'acheteur. Mais, d'un autre côté, une pareille vente ne peut préjudicier au droit du créancier hypothécaire.

L'immobilisation par destination agricole ou industrielle cesse évidemment quand finit l'exploitation, puisque c'est la disparition d'un élément indispensablement requis par l'art. 524.

Le décès du propriétaire par le fait duquel des objets ont été immobilisés par destination, ne leur fait pas perdre *ipso facto* le caractère immobilier.

§ 3°. — DES IMMEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI.

Art. 526.

753. Les biens qui sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont des droits. Par eux-mêmes, les droits patrimoniaux, biens incorporels, ne sont sans doute ni meubles ni immeubles, puisqu'ils n'ont pas d'existence matérielle; mais comme ils portent toujours sur un objet extérieur soit immédiatement (droits réels), soit médiatement (droits de créance), le législateur leur appliquant la nature même de leur objet, les a rangés parmi les immeubles ou parmi les meubles, selon qu'ils portent sur une chose immobilière ou sur une chose mobilière.

Suivant l'art. 526, sont immeubles : les droits réels qui ont pour objet des immeubles et les créances qui ont pour objet d'acquérir ou de recouvrer la propriété d'un immeuble ou quelque droit réel sur un immeuble.

754. Les droits réels qui ont pour objet des immeubles, ont le caractère immobilier. Ce sont : le droit d'usufruit et le droit d'usage établis sur des choses immobilières; le droit d'habitation; les servitudes ou services fonciers; le droit d'emphytéose; le droit de superficie; l'hypothèque et le privilège sur des immeubles.

On remarque que le plus important de tous les droits réels, le droit de propriété, qui constitue un droit immobilier lorsqu'il frappe des immeubles, ne figure pas dans l'énumération de l'art. 526. C'est que le législateur, suivant en ce point les traditions romaines, identifie la propriété avec son objet; il ne considère pas ce droit comme un bien distinct de la chose même sur laquelle il porte. Lorsque le législateur s'occupe des immeubles par nature ou par destination, il entend traiter du droit de propriété en tant que ce droit s'applique à des immeubles.

755. Ces expressions de l'art. 526 : “ *Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* „ sont singulièrement obscures. Elles veulent désigner les créances qui ont pour objet d'acquérir ou de recouvrer la propriété d'un immeuble ou quelque droit réel sur un immeuble.

Dans la législation moderne, l'action n'est pas autre chose que le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit envisagé non pas à l'état de paix, mais à l'état de guerre. On dit qu'une action est *réelle* ou *personnelle*, selon que le droit mis en mouvement est un droit réel ou un droit de créance. Cela posé, il faut observer que l'art. 526 ne dit pas : les actions *en revendication* d'un immeuble. C'aurait été une naïveté, puisque l'action se confond toujours avec le droit lui-même, ne forme avec lui qu'un seul et même bien. Le texte porte : les actions *qui tendent à revendiquer* un immeuble. Il faut observer en outre que l'article a déjà parlé des droits réels; dans ses premiers alinéas, il a déjà consacré le principe que les droits réels sont immobiliers lorsqu'ils ont des immeubles pour objet. L'article ne peut donc plus songer qu'aux droits de créance : c'est d'eux qu'il entend parler en traduisant l'ancien adage : *actio quae tendit ad immobile est immobilis*. Le commentaire de cet adage se trouve dans Pothier; il signifie que les actions personnelles sont immobilières lorsqu'elles tendent à faire acquérir la propriété ou un démembrement de la propriété d'un immeuble.

D'après l'opinion généralement admise, les principales actions présentant le caractère immobilier sont les suivantes :

l'action en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de propriété immobilière ou d'un droit réel immobilier; l'action en révocation d'une donation entrevifs immobilière; l'action en rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes; l'action en réméré dérivant d'une vente d'immeuble; l'action en délivrance d'un immeuble dans les cas où cette délivrance doit avoir pour résultat de transférer la propriété à celui auquel elle est faite, ce qui arrive rarement sous le Code civil ⁽¹⁾.

Il ne faut pas considérer comme une créance immobilière l'action appartenant au locataire ou fermier pour se faire délivrer l'immeuble loué. Cette action a uniquement pour objet de lui permettre de percevoir et d'acquérir les fruits qui, à son égard, sont meubles.

L'origine du droit n'est jamais à considérer pour en déterminer la nature. Ainsi une créance ayant pour objet une somme d'argent est toujours purement mobilière, encore qu'elle provienne de la vente d'un immeuble.

SECTION 2^e. — Des meubles.

§ 1^{er}. — DES MEUBLES, PAR NATURE.

Art. 528, 531 et 532.

756. Tous les biens corporels qui ne sont ni immeubles par nature, ni immeubles par destination, sont meubles par nature.

On a vu que la seule intention du propriétaire ne suffit pas pour enlever aux meubles leur nature. Les meubles réunis en une collection (*universitas facti*), par ex.: les livres d'une bibliothèque, les tableaux d'une galerie, restent donc meubles par nature.

(1) En droit moderne, l'action personnelle de l'acheteur d'un immeuble déterminé ne tend certes pas à lui faire acquérir la propriété de cet immeuble, car il en est déjà propriétaire par le seul effet du contrat de vente, en vertu du principe de l'art. 1138; son action tend uniquement à obtenir la possession de l'immeuble.

Les art. 531 et 532 ont cru devoir faire certaines précisions particulières. Ainsi un grand paquebot transatlantique est meuble. Toutefois les bâtiments de mer sont susceptibles d'hypothèque. Loi du 21 août 1879. Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice deviennent meubles dès qu'ils en sont détachés, quelle que soit leur destination ultérieure.

§ 2°. — DES MEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI.

Art. 529 et 530.

757. Tous les biens incorporels qui ne sont pas déclarés immeubles par l'art. 526, sont meubles à raison de leur objet. Sont donc meubles par la détermination de la loi tous les droits réels qui ont pour objet des effets mobiliers et toutes les créances autres que celles déterminées en l'art. 526, al. final.

Le Code n'emploie pas cette formule générale. L'art. 529 se borne à énumérer trois catégories de droits mobiliers : 1° les obligations ou actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers ; 2° les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ; 3° les rentes soit perpétuelles, soit viagères.

758. *Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers.*

L'*obligation* est un lien de droit qui astreint une personne envers une autre à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. L'*obligation* a pour corrélatif la *créance*, qui est le droit d'exiger l'accomplissement de l'*obligation*. La loi se proposant dans notre titre de classer les biens, le terme propre aurait donc été celui de *créance*. Il faut cependant reconnaître que le terme *obligation*, bien que généralement employé pour exprimer le devoir du débiteur, est aussi quelquefois employé activement pour exprimer le droit du créancier. L'*action* est la créance elle-même mise en mouvement ; elle se confond avec elle, comme nous l'avons dit plus haut.

On appelle habituellement *somme exigible*, celle dont le paiement peut être exigé actuellement, soit parce qu'il n'y a aucun terme fixé pour le paiement, soit parce que le terme est échu. Telle n'est pas évidemment l'acception de cette expression dans l'art. 529; une somme d'argent est une chose mobilière aussi bien lorsqu'elle ne pourra être exigée que dans un certain temps que lorsqu'elle peut l'être de suite. En employant cette expression, on a voulu distinguer (inutilement) les créances dont le capital est exigible à un moment donné, arrivé ou non, des *rentes*, sortes de créances dont le capital n'est jamais exigible par le crédi-rentier.

Toute créance qui a pour objet un effet mobilier est meuble. Il en est toujours ainsi, même quand la créance est garantie par une hypothèque ou un privilège immobilier. Le privilège et l'hypothèque sont des droits accessoires qui ne peuvent modifier la nature du droit principal.

759. *Sont meubles par la détermination de la loi, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.*

Ici le mot *action* est pris dans un sens différent de celui qu'il a dans la première partie de l'article. Il désigne le droit d'un associé dans une société. L'expression *intérêt* a une signification analogue. Il n'existe entre l'action et l'intérêt, que des différences de droit commercial qui n'ont aucune importance au point de vue de la classification des biens.

L'expression *compagnies de finance, de commerce ou d'industrie* est employée pour désigner les sociétés commerciales en général.

Pour comprendre cette disposition, il faut distinguer avec soin les sociétés qui ne forment pas une individualité juridique distincte des associés, telles sont d'ordinaire les sociétés civiles, et les sociétés qui constituent des personnes morales, telles sont la plupart des sociétés commerciales.

Dans les sociétés civiles, sauf exception, la formation du

contrat n'entraîne pas la création d'un être moral distinct de la personne de chacun des associés; le contrat a seulement pour effet d'établir certains rapports juridiques entre les associés. La société, c'est tous les associés eux-mêmes considérés collectivement. Il suit nécessairement de là que les associés doivent être considérés comme copropriétaires des choses de la société, comme cotitulaires des droits qui lui appartiennent. Ils sont ainsi en état d'indivision. La nature du droit de chaque associé devrait donc être immédiatement déterminée par la nature des biens sociaux, meuble en tant qu'il s'applique aux meubles, et immeuble en tant qu'il s'applique aux immeubles de la société. Il n'en est pas de la sorte. La nature du droit des personnes qui sont en état d'indivision est provisoirement incertaine; elle dépend nécessairement du partage qui sera tôt ou tard effectué entre elles. Au jour du partage, le droit du communiste qui obtiendra des meubles sera réputé avoir toujours été mobilier, et le droit de celui qui obtiendra des immeubles sera réputé avoir toujours été immobilier. C'est qu'il est de principe que le partage de toute indivision opère avec effet rétroactif jusqu'au jour où s'est produit le fait qui a donné naissance à l'état de copropriété. Art. 883, 1476 et 1872, cbn.

D'après la loi commerciale, art. 1 et 2 de la loi du 18 mai 1873, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite par actions, les sociétés anonymes et les sociétés coopératives forment des individualités juridiques distinctes de celles des associés. Dans chacune de ces sociétés, un être moral résulte de la formation même du contrat; c'est sur la tête de cet être moral que reposent la propriété et tous les autres droits qui constituent le fonds social. Le droit de chaque associé ne peut donc plus consister qu'à prendre part aux bénéfices de la société tant qu'elle dure et à venir plus tard au partage des biens sociaux lorsqu'elle sera dissoute.

L'être moral reconnu par la loi commerciale ne s'éteint pas dès l'instant de la dissolution de la société; il subsiste pendant toute la durée de la liquidation de la société: il ne

cesse qu'au jour où la liquidation est achevée. Art. 111 de la loi du 18 mai 1873. D. 1888, I, 293; *Revue pratique des sociétés commerciales*, 1892, n° 341.

Il n'y a donc plus rien d'étonnant à ce que le Code ait réputé purement mobilier le droit de l'associé dans une société de commerce, alors même que le fonds social comprend des immeubles, puisque c'est l'être moral qui est seul propriétaire de tous les biens sociaux. Le droit de l'associé est mobilier non seulement vis-à-vis des autres associés, mais aussi au regard des tiers. On ne peut pas admettre, en effet, qu'un même droit ait une nature juridique différente, suivant les personnes intéressées.

L'art. 529 ne déroge pas aux principes, quant à la nature du droit de l'être moral sur les biens qui composent son patrimoine. Les immeubles qui appartiennent à la société conservent, vis-à-vis d'elle et vis-à-vis des tiers qui se trouvent en rapport avec elle, leur caractère immobilier et sont régis par les principes qui gouvernent les immeubles. C'est ce que le texte a voulu dire par ce membre de phrase équivoque : " *à l'égard de chaque associé seulement* „ ; il a entendu opposer les associés, non pas aux tiers, mais à la société qui est seule propriétaire.

Une fois la société dissoute et liquidée, le droit des associés se transforme. Le fonds social ne peut plus appartenir à une personne morale qui a cessé d'exister; les différents associés en deviennent alors copropriétaires, chacun pour sa part. Le partage qui interviendra entre eux fixera définitivement la nature du droit de chacun à compter du jour où ils se sont trouvés dans l'indivision.

760. La disposition de l'art. 529 serait mieux rédigée dans les termes suivants : sont meubles, les actions ou intérêts dans les sociétés auxquelles la loi reconnaît une individualité juridique distincte de celle des associés, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent à ces sociétés. Elle est, en effet, uniquement fondée sur le principe de la personnalité des sociétés commerciales. Aussi faut-il décider :

1° Qu'on ne peut l'appliquer aux intérêts dans les sociétés commerciales qui, par exception, ne constituent pas des personnes morales. Art. 3 de la loi du 18 mai 1873.

2 Qu'on doit l'appliquer aux actions ou intérêts dans les sociétés civiles qui, par exception, constituent des personnes morales. Telles sont les actions ou intérêts dans les sociétés pour l'exploitation des mines. Art. 8 et 32 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines ⁽¹⁾.

761. *Sont meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers.*

On appelle *rente* le droit d'exiger perpétuellement ou pendant un certain temps, des prestations périodiques en argent ou en denrées, sans pouvoir jamais demander le capital que représentent tous les paiements successifs.

Chaque prestation périodique est le fruit de la rente, on l'appelle *arrérage*. Il y a entre la rente et l'arrérage la différence qui existe entre un fonds de terre et les fruits qu'il produit. On nomme *crédi-rentier* celui à qui la rente est due et *débi-rentier* celui qui la doit. La rente est une créance, mais c'est une créance *sui generis*. Tandis que dans la créance ordinaire le capital pourra être exigé quelque jour, dans la rente il est toujours inexigible.

Les rentes sont perpétuelles ou temporaires. Les rentes perpétuelles sont celles qui doivent durer toujours. Le débi-rentier et après lui ses successeurs universels en serviront les arrérages à perpétuité au crédi-rentier et à ses ayants cause. Les rentes temporaires sont celles qui ne doivent durer que pendant un temps limité. On les nomme *viagères* lorsqu'elles ont pour limite la vie d'une personne déterminée.

Les rentes peuvent être établies à titre onéreux ou à titre gratuit. La rente établie comme prix ou comme charge de

(1) L'art. 8 de cette loi déclare même meubles les actions ou intérêts non seulement dans une *société* minière, mais encore dans une *entreprise* minière, en employant cette expression par opposition au mot *société*. Les intérêts dans une entreprise minière sont donc meubles, quand même cette entreprise ne constituerait pas une société. Huc, *Commentaire du Code civil*, IV, n° 43.

l'aliénation d'un immeuble, se nomme rente foncière. Celle qui est créée en retour d'un capital versé par le crédi-rentier s'appelle rente constituée.

On distingue encore les rentes sur l'Etat et les rentes sur particuliers. La constitution de rentes est un des moyens employés par l'Etat pour subvenir à ses moyens financiers. C'est sous cette forme qu'il emprunte l'argent des particuliers. Moyennant le versement qui lui est fait d'un capital, il s'engage à payer à perpétuité des arrérages au bailleur de fonds.

762. Dans l'ancien droit, les rentes foncières étaient partout considérées comme immeubles; les rentes constituées l'étaient aussi dans la plupart des coutumes.

Pour la rente foncière, c'était une conséquence logique des principes admis alors. La rente foncière résultait du contrat dit *bail à rente* : l'une des parties cédait à l'autre la propriété d'un fonds sous la réserve d'un droit de rente annuelle qu'elle *retenait* sur le fonds lui-même; la rente n'était pas du tout considérée comme une *dette* de l'acquéreur, mais comme un pur *droit réel* que l'aliénateur retenait sur l'héritage aliéné, droit réel analogue à une servitude qu'il se serait réservée comme condition de l'aliénation. La rente foncière était donc rigoureusement un démembrement de la propriété, une charge réelle constituée sur l'immeuble aliéné. Voilà pourquoi elle était immobilière.

La rente constituée résultait du contrat dit *constitution de rente*. Ce contrat se présentait non comme un prêt, mais comme une vente à réméré. Le crédi-rentier *achetait*, moyennant le capital qu'il abandonnait, le *droit* de se faire payer des arrérages annuels par le débi-rentier; faculté était stipulée, pour le vendeur, de *racheter* la rente quand il voudrait. Ce contrat de vente offrait ceci de singulier, qu'il créait lui-même l'objet de la vente et que cet objet devait cesser d'exister par l'exercice du réméré. La constitution de rente avait été imaginée pour éluder la prohibition du prêt à intérêt. Elle était le moyen pour les uns de faire fructifier leurs capitaux, et pour les autres de trouver l'argent dont ils

pouvaient avoir besoin sans être obligés de vendre leurs immeubles. Les rentes constituées auraient dû être meubles, selon le principe : *actio quae tendit ad quid mobile est mobilis*. La règle contraire avait prévalu parce que ces sortes de rentes formaient souvent la portion la plus notable du patrimoine des familles et qu'il convenait de les placer à ce titre sous l'empire des lois qui régissaient la fortune immobilière. Cela était particulièrement important en matière de succession et de communauté de biens entre époux.

La loi du 7 octobre 1789 diminua l'importance des rentes constituées en autorisant le prêt à intérêt.

La loi du 11 brumaire an VII mobilisa virtuellement toutes les rentes, en disposant qu'à l'avenir elles ne pourraient plus être hypothéquées. L'art. 529, al. 2 n'a fait que consacrer expressément cette transformation.

Il n'existe plus aujourd'hui de rentes *foncières*, dans l'ancienne acception de ce mot. La rente établie comme prix ou comme charge de l'aliénation d'un immeuble n'est plus qu'une pure *créance* mobilière contre l'acquéreur et ses successeurs universels. Il n'existe plus de droit *réel de rente* analogue au droit de servitude. P. 1889, II, 410. Cependant il faut observer que l'art. 27 de la loi hypothécaire accorde à l'aliénateur, c'est-à-dire au crédi-rentier, un droit réel *accessoire* nommé privilège qui grèvera l'immeuble pour assurer le service de la rente et qui suivra cet immeuble dans les mains de tout tiers acquéreur quelconque.

763. Toute rente perpétuelle, foncière ou constituée, est essentiellement rachetable. Il est loisible au débi-rentier de se soustraire au paiement des arrérages en remboursant au crédi-rentier le capital de la rente. Le Code a considéré comme contraire à la liberté naturelle, qu'une personne et ses héritiers restassent indéfiniment obligés sans pouvoir s'affranchir de leur obligation. Art. 530 et 1911. L'opération du remboursement porte le nom de *rachat*, expression qui rappelle l'ancienne théorie de la rente constituée. Alors qu'on appelait le contrat de constitution de rente une *vente*,

on désignait par le mot de *rachat* l'opération par laquelle le débiteur reprenait le droit qu'il avait vendu.

Doit être considérée comme rente perpétuelle, la rente établie pour plus de 99 ans ou sur plus de trois têtes successives. Loi des 18-29 décembre 1790.

La rente temporaire, foncière ou constituée, n'est jamais rachetable.

La rente foncière est régie par l'art. 530 et les dispositions légales applicables au contrat qui l'engendre : vente, échange, partage, donation.

La rente constituée est réglée au titre du prêt à intérêt pour la rente perpétuelle, et au titre des contrats aléatoires pour la rente viagère.

764. *Sont meubles par la détermination de la loi, non seulement les droits visés par l'art. 529, mais encore tous les droits réels qui ont pour objet des choses mobilières et toutes les créances autres que celles déterminées en l'art. 526, al. final.*

Cette décision est commandée par le principe que la classification en immeubles et meubles embrasse tous les biens. Art. 516. Dès lors, tout bien qui n'est pas immeuble est nécessairement meuble.

Le droit d'usufruit et le droit d'usage établis sur des meubles, le droit de gage et les privilèges sur des meubles, sont des droits réels mobiliers.

Les créances qui correspondent aux obligations de faire ou de ne pas faire sont toujours mobilières. Il faut donc considérer comme mobilière, la créance qui correspond à l'obligation contractée par un entrepreneur de construire une maison sur le terrain du créancier.

765. Le droit de reproduction qui appartient à l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique est un droit mobilier. Art. 3 de la loi du 22 mars 1886. Il en est de même du droit qui appartient à l'inventeur d'un modèle ou d'une marque de fabrique, ou au possesseur d'un brevet d'invention.

§ 3°. — DE QUELQUES DÉFINITIONS LÉGALES RELATIVES AUX BIENS MEUBLES.

Art. 533 à 536.

766. Les auteurs du Code ont voulu fixer légalement la signification de ces diverses expressions : *meubles, meubles meublants, biens meubles, mobilier, effets mobiliers, maison avec tout ce qui s'y trouve*, lorsqu'elles sont employées dans des textes législatifs, ou dans des dispositions de l'homme. Ces définitions légales n'ont à peu près aucune utilité pour l'interprétation des actes des particuliers. Les magistrats ne sont tenus de les suivre qu'autant qu'il n'est pas établi que les contractants ou le disposant ont entendu donner aux termes par eux employés, une signification différente de celle que la loi leur attribue. Art. 1134. On peut ajouter que plusieurs de ces définitions sont absolument arbitraires, ne sont nullement en harmonie avec le sens qu'on attache aux mots dans le langage ordinaire. On a aussi fait remarquer que la loi s'est elle-même, à diverses reprises, écartée des définitions qu'elle a données. Art. 452 et 453.

§ 4°. — DE LA DIVISION DES MEUBLES EN CHOSES CONSOMPTIBLES ET NON CONSOMPTIBLES, EN CHOSES FONGIBLES ET NON FONGIBLES.

767. On distingue entre les meubles corporels, ceux qui *se consomment de suite* par l'usage auquel ils sont destinés, et ceux qui *ne se consomment pas par le premier usage*, sans qu'il y ait à examiner s'ils sont sujets ou non à une détérioration notable par l'usage qu'on en fait. La consommation dont il s'agit, disent les légistes, peut être naturelle et absolue, comme celle des denrées, ou seulement civile et relative, comme celle de l'argent monnayé, qui ne se consomme que pour celui qui le dépense.

Les meubles sont *fongibles* ou *non fongibles* suivant que, dans l'intention des parties, ils sont ou non susceptibles d'être remplacés dans la restitution ou du paiement qui

doit en être fait, par des choses de la même espèce et de la même qualité.

Dans les opérations juridiques, les parties impriment ordinairement le caractère de fongibilité aux choses consommables et le caractère de non-fongibilité aux choses non consommables. Mais cette confusion ne s'opère pas toujours. Il arrive que les parties considèrent comme fongibles, des choses qui ne se consomment pas de suite par l'usage ; ainsi, par exemple, un libraire prête à un de ses confrères des exemplaires d'un certain ouvrage à charge de restitution *in genere* ; l'emprunteur ne sera pas tenu de rendre identiquement les exemplaires empruntés. Il arrive aussi que les parties considèrent comme non fongibles, des choses qui se consomment par le premier usage ; ainsi, par exemple, un individu prête à un autre, des fruits énormes pour servir uniquement à la décoration d'une table de festin ; les fruits devront être restitués dans leur individualité même.

Jamais le caractère de consommabilité ou non au sens physique, ne joue un rôle prédominant dans le droit ; c'est toujours la fongibilité ou la non-fongibilité qui est décisive. La consommabilité physique d'une chose est seulement une présomption *relative* de sa fongibilité. Quand rien, dans une convention, n'indique la volonté des parties, les choses consommables doivent être considérées comme fongibles ; leur nature physique sert à révéler l'intention des contractants. En matière d'usufruit, par exemple, la loi présume le caractère de fongibilité des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer. Art. 587 (1).

SECTION 3^e. — De l'influence de la maxime : *Mobilia vilis et abjecta possessio*.

768. — La distinction des biens en meubles et immeubles a sa raison d'être à plusieurs points de vue. Ainsi, notamment :

(1) ERNEST ROGUIN. *Des choses fongibles et des choses de consommation*. Recueil inaugural de l'université de Lausanne. 1892.

1° A l'égard des modes de transmission de la propriété entre vifs. Art. 1138 du C.c., et art. 1^{er} de la loi hypothécaire. On aurait rendu le commerce impossible, si on avait exigé pour la transmission des meubles, les formalités lentes et coûteuses de la transmission des immeubles.

2° A l'égard des règles de la prescription acquisitive. Art. 2279. Il est impossible à celui qui fait l'acquisition d'un meuble corporel, de vérifier les droits de l'aliénateur; on n'a pas de titres de propriété de ses meubles.

3° A l'égard de l'hypothécaton. Art. 46 de la loi hypothécaire.

4° A l'égard des mesures conservatoires. Art. 451, 452, 794, 813, 819, 1442, etc. Les appositions de scellés et les inventaires, mesures établies pour assurer la conservation des meubles à qui de droit, n'ont pas de raison d'être à l'égard des immeubles.

769. — D'autres conséquences, nombreuses et graves, de la distinction des biens en meubles et immeubles sont véritablement excessives, parce qu'elles dérivent non de la nature des choses, mais de certains faits historiques. Le Code civil traite la fortune mobilière avec indifférence et mépris; il n'a de prévoyances et de faveurs que pour les immeubles. C'est là un reste de l'influence du système féodal, qui était l'exaltation de la propriété foncière au plus haut degré, qui en avait fait le principe de la souveraineté. Sous la féodalité, le travail et le négoce étaient considérés comme méprisables: *mobiliū vilis et abjecta possessio*.

Cet ancien adage pèse encore de tout son poids sur notre législation dans les deux matières capitales de l'administration des biens des incapables et du régime de la communauté légale qui gouverne tous les mariages qui n'ont pas été précédés d'un contrat pécuniaire devant notaire.

CHAPITRE 2^a. — DES BIENS DANS LEURS RAPPORTS AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

770. Dans les art. 537 à 542, le Code règle la condition des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent, c'est-à-dire ceux qui en sont les propriétaires, le mot posséder étant pris ici dans le sens vulgaire de l'expression. A ce point de vue, les biens se divisent en deux classes : 1^o ceux qui appartiennent à des particuliers; 2^o ceux qui n'appartiennent pas à des particuliers.

Au nombre des particuliers, il faut placer les personnes morales privées qui ne se rattachent par aucun lien à l'organisation politique ou administrative du pays, par ex., les sociétés de commerce.

Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont ceux qui appartiennent aux diverses personnes morales publiques : l'Etat, les provinces, les communes, les établissements qui ont pour objet soit le soulagement des pauvres, soit le temporel des cultes, soit l'instruction publique (fondations de bourses d'études).

L'importance de cette division est que les particuliers ont la libre disposition de leurs biens, sauf l'observation des règles relatives à leur *capacité* personnelle telle qu'elle est déterminée par la loi civile. Tout ce qui concerne les biens des particuliers appartient au droit privé. Au contraire, les biens des personnes morales publiques sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. Tout ce qui les concerne rentre dans le cadre du droit administratif. Art. 537.

771. Les biens qui appartiennent aux diverses personnes morales publiques sont de deux sortes : les uns constituent leur domaine public, les autres leur domaine privé. Les premiers sont ceux qui, par leur nature ou par leur affectation spéciale, sont destinés d'une manière permanente à l'usage et à la jouissance du public. Les seconds sont ceux qui ne sont pas destinés à l'usage du public et dont la per-

sonne morale jouit comme un simple particulier. Il y a donc le domaine public et le domaine privé de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics.

Les biens du domaine public sont hors du commerce; ils sont inaliénables et imprescriptibles aussi longtemps que leur destination publique subsiste ⁽¹⁾. Art. 538, 1128, 1598 et 2226. Les biens du domaine privé, au contraire, sont dans le commerce; ils sont susceptibles d'aliénation et de prescription, au même titre que les biens ordinaires des particuliers. Art. 2227. Il faut seulement observer que l'administration et l'aliénation de ces biens sont soumises aux règles particulières du droit administratif. Art. 537, al. 2.

Les personnes morales publiques possèdent propriétairement leur domaine public aussi bien que leur domaine privé. L'Etat, par exemple, est apte à acquérir par prescription dans l'intérêt de son domaine public. P. 1880, I, 55. Sans doute, l'exercice des pouvoirs contenus dans la notion de la propriété est suspendu aussi longtemps que les dépendances du domaine public conservent leur destination publique; mais quand cette destination vient à cesser, les choses du domaine public demeurent de plein droit dans le domaine privé de la personne morale, d'où résulte la preuve qu'elles n'ont jamais cessé d'être sa propriété.

Nos articles 538 et suiv. ne font pas la distinction des choses du domaine public et de celles du domaine privé. Ils se bornent à disposer que les diverses choses dont ils donnent l'énumération appartiennent à l'Etat. Leur seule préoccupation a été de résoudre des questions de propriété controversées sous l'ancien droit. Il ne faut donc pas attacher de signification spéciale à l'expression *domaine public* employée par le Code; elle comprend les deux espèces de biens qui appartiennent à l'Etat.

772. Appartiennent au domaine public de l'Etat :

1° Toutes les portions du territoire belge qui ne sont pas

(1) Rien ne s'oppose cependant à ce que des droits réels grèvent le domaine public, lorsqu'ils sont conformes à la destination de ce domaine.

susceptibles d'une propriété privée, c'est-à-dire toutes les portions du sol qui, par leur nature, sont livrées à l'usage du public : *res quæ sunt in usu publico*. Tels sont :

a. Les rivages de la mer. Sont réputées rivages, les terres limitrophes que le plus grand flot de l'année couvre et découvre habituellement. P. 1891, I, 39;

b. Les ports, les havres et les rades;

c. Les rivières navigables ou flottables. La rive appartient aux riverains; elle est déterminée par le niveau que les eaux atteignent dans leur crue habituelle. J. Liège, 1891, p. 345; 1893, p. 39;

d. Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat;

2° Les places de guerre et les forteresses;

3° Les voies concédées, les canaux et les chemins de fer créés ou concédés par l'Etat. Les compagnies concessionnaires de lignes ferrées ne sont, quant à la création du chemin, que les entrepreneurs d'un travail public, et quant à son exploitation, que les entrepreneurs d'un service public.

Appartiennent au domaine privé de l'Etat :

1° Les lais et relais de la mer. Art. 41 de la loi du 16 septembre 1807;

2° Les biens vacants et sans maître, sauf l'application du droit d'occupation à l'égard des *res nullius* et des *res derelictæ*. Art. 737 et suiv.;

3° Les biens qui, après avoir été du domaine public de l'Etat, ont cessé d'en faire partie parce que leur affectation publique a pris fin. Art. 541;

4° Les îles, ilots et atterrissements qui se forment dans les rivières navigables ou flottables. Art. 560.

773. Font partie du domaine public des personnes morales publiques tous ceux de leurs biens qui sont affectés directement à l'usage du public et tous ceux qu'un texte spécial a placés hors du commerce.

Il faut distinguer entre les édifices qui sont affectés directement à l'usage du public et ceux qui sont simplement employés ou occupés par un service public, p. ex., les bureaux d'une administration publique. Ces derniers ne

sont pas du domaine public de la personne morale, à moins qu'ils ne s'y trouvent rangés par un texte de loi. Il a été jugé conformément à cette doctrine que les presbytères et maisons d'école communales ne sont pas au nombre des choses hors du commerce. P. 1878, I, 149 et 348. L'art. 661 portant que tout propriétaire joignant un mur peut en acquérir la mitoyennité est donc applicable à ces sortes de biens. Au contraire, les hôpitaux, les halles, les abreuvoirs, les fontaines, etc., font de leur nature partie du domaine public. P. 1892, III, 231.

774. Le domaine public communal est l'ensemble des biens qui appartiennent à une commune. Parmi ces biens, les uns sont affectés à l'usage de tous les habitants, comme les rues, les places, les cimetières, etc. Ils constituent le domaine public communal. Le surplus forme le domaine privé communal. Les biens du domaine privé communal se subdivisent en deux catégories. Les uns s'appellent biens patrimoniaux; ils sont dans les mains de la commune comme ils seraient dans les mains d'un particulier. Les autres sont dits biens communaux; les habitants en ont la jouissance en nature; tels sont les pâturages dans lesquels les habitants envoient leurs troupeaux. L'art. 542 renferme une inexactitude de rédaction : la propriété des biens communaux appartient à la commune elle-même, comme personne morale, et non pas à ses habitants.

APPENDICE.

A qui appartiennent les rivières non navigables ni flottables.

775. Il est clair que l'eau courante n'appartient à personne. La seule difficulté est de savoir à qui appartient le lit des rivières non navigables ni flottables.

Que ces rivières ne soient pas du domaine de l'Etat, cela paraît certain en présence des art. 538 et 644, qui ne classent dans ce domaine que les rivières navigables ou flottables.

Qu'elles n'appartiennent pas aux riverains, cela semble bien résulter de l'art. 563 qui, dans le cas où une rivière se

forme un nouveau cours, attribue le lit abandonné, à titre d'indemnité, aux propriétaires des terrains nouvellement occupés par les eaux. Ce texte implique en effet deux choses : 1° que le lit abandonné n'était pas la propriété des anciens riverains, car autrement le législateur n'aurait pas pu, sans une manifeste spoliation, l'accorder à d'autres ; 2° que les terrains nouvellement occupés et qui forment désormais le lit de la rivière, ont cessé d'appartenir à ceux qui en étaient d'abord propriétaires, car s'ils ont droit à une indemnité, c'est qu'ils les ont perdus (!) !

A qui peuvent-elles donc appartenir, puisqu'elles n'appartiennent ni à l'Etat, ni aux riverains ? La vérité est qu'elles n'appartiennent à personne et doivent être classées au nombre des *res communes* dont parle l'art. 714. Toutefois elles sont affectées au profit des riverains à certains droits d'usage déterminés par l'art. 644 et au droit de pêche établi par l'art. 6 de la loi du 19 janvier 1883. Ce système est parfaitement rationnel. Un cours d'eau n'est pas une chose en l'air, disait M. Tesch ; il ne se conçoit pas sans le lit. Le lit n'est, en définitive, que l'accessoire du cours d'eau. Les riverains ne peuvent pas plus réclamer la propriété du lit que celle de l'eau courante. P. 1890, II, 164 ; D. 1891, I, 291.

TITRE II.

De la propriété.

776. Les droits réels organisés par le Code sont : 1° Le droit de propriété ; 2° Les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation, compris dans l'expression *droit de jouissance* de l'art. 543 ; 3° Les servitudes ou services fonciers ;

(!) Certains auteurs soutiennent cependant que ces cours d'eau appartiennent aux propriétaires riverains, et ils invoquent pour cela l'art. 561, qui partage entre les riverains l'île formée naturellement dans la rivière, en supposant tracée, au milieu de la rivière, une ligne parallèle aux rives. Cette attribution de l'île aux propriétaires riverains peut s'expliquer autrement que par l'affirmation du droit antérieur des riverains sur le lit du cours d'eau.

4° L'hypothèque et le privilège immobilier qui n'est pas autre chose qu'une hypothèque privilégiée; 5° Le privilège mobilier; celui-ci est un droit réel imparfait; il n'engendre qu'un simple droit de préférence. A tous ces droits il faut encore ajouter les droits de superficie et d'emphytéose organisés par deux lois du 10 janvier 1824.

Le privilège et l'hypothèque sont des droits réels *accessoires*. Ils naissent à l'occasion d'un droit de créance auquel ils servent de garantie et sans lequel ils ne pourraient exister.

777. Avec la propriété et les autres droits réels, il ne faut pas confondre la possession. Il y a entre les droits réels et la possession, la différence qui existe entre le droit et l'exercice du droit. Le plus souvent c'est le titulaire du droit qui exerce son droit; le fait est alors d'accord avec le droit. Mais le contraire peut arriver : tandis que le droit repose sur la tête d'une personne, une autre en a de fait l'exercice.

La possession proprement dite, par opposition à la simple détention, n'est pas autre chose que l'exercice, soit par nous-même, soit par quelque autre en notre nom, de la propriété ou du droit réel que nous avons ou que nous prétendons avoir sur une chose. Art. 2228.

La possession, pour exister, exige un double élément : le *corpus* et l'*animus sibi habendi*. Le *corpus*, ce sont les actes matériels constitutifs de l'exercice du droit; l'*animus*, c'est l'intention, en accomplissant ces faits matériels, d'exercer sur la chose le droit de propriété ou le droit réel de jouissance, ou de servitude dont il s'agit.

On peut posséder par soi-même ou par autrui, c'est-à-dire qu'une personne qui a l'*animus* peut avoir la possession juridique alors même qu'une autre accomplit les faits matériels de possession, si celle-ci agit au nom et pour le compte de celle-là. C'est ainsi que l'on possède par l'intermédiaire d'un locataire, d'un emprunteur, d'un dépositaire.

La propriété et les droits réels peuvent seuls être l'objet d'une possession véritable (1).

(1) En droit romain, la possession des droits réels s'appelait quasi-possession.

Cependant il est des créances qui, constituées en titres au porteur, se confondent avec le titre qui les constate. Pour celles-là, tout porteur du titre étant le créancier, on peut les considérer comme susceptibles de possession, au même titre que les meubles corporels eux-mêmes.

Les principaux avantages de la possession sont : 1° de déterminer dans une instance le rôle des deux adversaires qui se disputent la propriété d'un bien. C'est le possesseur qui sera défendeur. Le fardeau de la preuve incombera au demandeur. Art. 1315. *Actori incumbit probatio*; 2° de donner lieu, dans les conditions déterminées par l'art. 4 de la loi du 25 mars 1876, à l'action possessoire par laquelle le possesseur troublé peut se faire protéger dans sa possession; 3° de conduire à l'acquisition de la propriété par la prescription. Art. 2262, 2265 et 2279; 4° de faire acquérir les fruits au possesseur, lorsqu'il est de bonne foi. Art. 549.

Sommaire :

CHAPITRE 1^{er}. — Règles générales sur la propriété individuelle.

SECTION 1^{re}. — Des éléments dont la propriété se compose et de ses caractères.

SECTION 2^{de}. — Des limitations du droit de propriété.

CHAPITRE 2^d. — Des effets de la propriété.

SECTION 1^{re}. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.

§ 1^{er}. — De la distinction des fruits et des produits extraordinaires.

§ 2^e. — Du droit du propriétaire à tous les produits de sa chose.

§ 3^e. — Des cas où le propriétaire n'a pas droit aux produits périodiques de sa chose, et spécialement de la règle que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

SECTION 2^{de}. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.

§ 1^{er}. — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.

I. — Des constructions, plantations et autres ouvrages.

II. — Des accroissements résultant du voisinage des rivières.

III. — Des animaux sauvages qui en se fixant sur un fonds en deviennent les accessoires.

§ 2^d. — Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.

CHAPITRE I^{er}. — RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA PROPRIÉTÉ INDIVIDUELLE.

SECTION 1^{re}. — Des éléments dont la propriété se compose et de ses caractères.

778. L'art. 544 définit la propriété : le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. C'est le droit réel le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose. *Plena in re protestas*. Les autres droits réels n'en sont que des démembrements.

Les deux éléments qui constituent la propriété, d'après la définition de l'art. 544, sont le droit de jouir et le droit de disposer.

Le droit de jouir comprend deux attributs distincts : le *jus utendi*, ou droit de se servir de la chose pour tous les usages auxquels elle peut se prêter, et le *jus fruendi*, ou droit de retirer de la chose tous les fruits qu'elle est susceptible de donner.

Le droit de disposer, *jus abutendi*, emporte pour le propriétaire le droit d'aliéner sa chose soit en totalité soit en partie, à titre gratuit aussi bien qu'à titre onéreux, et le droit de lui faire subir toutes les transformations matérielles ou juridiques qu'il veut, et même de la dégrader ou de la détruire. Il suit de là que le propriétaire peut arbitrairement créer une propriété immobilière distincte de celle de la surface du sol. Ainsi il peut céder à perpétuité la propriété du tréfonds ou bien d'une cave, ou d'un étage de son bâtiment. Art. 553, *in fine* et 664. P. 1890, I, 233.

Le droit de disposition est un attribut essentiel de la propriété. La loi seule peut déclarer un bien inaliénable. Art. 1598. L'intérêt public exige, en effet, que les biens restent dans le commerce. Il faut donc déclarer nulles, par application de l'art. 6, toutes les clauses d'inaliénabilité, soit perpétuelle, soit temporaire, qui peuvent se rencontrer dans les conventions ou les dispositions de l'homme. Ainsi un donateur ou testateur ne peut pas, même pour un certain temps seulement, imposer à son donataire ou légataire la défense d'aliéner les biens qu'il lui donne. C'est tout à fait par exception que l'art. 1554 permet à la femme qui se marie de stipuler l'inaliénabilité de ses biens pour la durée du mariage. Il s'agit d'ailleurs là plutôt d'une incapacité de la femme que d'une inaliénabilité proprement dite.

Le droit de propriété ne peut se perdre directement par le seul fait du non-usage; il ne peut se perdre qu'indirectement par l'effet d'une usucapion accomplie par autrui. Art. 2262 et 2265. P. 1890, I, 233.

779. Droit absolu, la propriété est en même temps et par là même un droit exclusif. Le propriétaire peut s'opposer à ce qu'un autre retire de sa chose un avantage quelconque, alors même que cela ne lui causerait personnellement aucun préjudice.

La propriété d'une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux personnes différentes. Mais une même chose peut appartenir à plusieurs personnes en commun. Dans ce cas, chacune des personnes n'est pas propriétaire du tout, mais seulement d'une partie *idéale* de la chose : la moitié, un tiers, un quart, etc. Cette situation de plusieurs droits de même nature frappant un même objet, et se réduisant, par leur concours, à des parts mathématiques, se nomme l'état d'indivision. Chacun des communistes peut disposer de son droit comme bon lui semble, mais il ne peut pas disposer de la chose elle-même ni d'une partie déterminée de cette chose, sans le consentement de ses consorts.

La propriété est de sa nature irrévocable. Cependant elle

peut être valablement transférée sous une condition résolutoire. Le Code civil le permet positivement pour toute sorte d'actes soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Lorsqu'une condition résolutoire s'accomplit, la propriété est censée n'avoir pas été transférée, et tous les droits réels qui peuvent avoir été conférés par celui dont la propriété est résolue, sont eux-mêmes résolus. *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

Le Code présente deux cas dans lesquels on retrouve une propriété temporaire. Art. 132 et 958. La résolution qui s'opère dans les cas prévus par ces articles, laisse intacts les droits réels concédés par le propriétaire pendant la durée de sa propriété.

SECTION 2^{de}. — Des limitations dont la propriété est l'objet.

780. Le droit de propriété se trouve limité par des lois et par des règlements. Art. 544, *in fine*. L'indication de ces limites appartient au cours de droit administratif. Il suffit ici d'observer deux choses :

1° Le Roi, les provinces et les communes n'ont pas un pouvoir illimité de réglementation; il faut qu'ils trouvent dans une *loi* le principe de la limitation qu'ils veulent apporter à la propriété des particuliers. Ainsi les conseils communaux ne peuvent réglementer l'exercice du droit de propriété que lorsque l'intérêt de la salubrité ou de la sécurité publiques est en jeu. Art. 50 du décret du 14 décembre 1789 et art. 3 du titre XI de la loi du 24 août 1790 (1).

2° Les limitations qui sont apportées au droit de propriété par des lois ou des règlements, ne donnent ouverture à aucune action en indemnité au profit des particuliers qui en éprouvent quelque dommage. La raison en est qu'elles ne constituent pas de vraies servitudes, c'est-à-dire des restric-

(1) GIRON, *Droit administratif*, n° 746.

tions à l'état normal des immeubles. Elles ont été comprises dans la définition même du droit de propriété. Loin d'être des dérogations au droit commun, elles forment, au contraire, le droit commun de la propriété immobilière. Le véritable sens de l'art. 544 est celui-ci : la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, sans aucune restriction, dans toute l'étendue des limites naturelles de ce droit, telles qu'elles sont indiquées par les lois ou les règlements. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il n'est dû aucune indemnité par l'Etat à raison du dommage causé à la propriété par l'établissement des servitudes militaires. J. Liège, 1888, p. 681.

781. L'art. 544 définit le droit de propriété *in abstracto*. N'envisageant qu'un seul propriétaire, il pouvait et devait définir le droit de propriété, un droit absolu qui n'est limité que par les lois et les règlements. Mais le droit de propriété n'appartient pas à un seul individu. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leur droit comme ils doivent respecter le nôtre. L'état de société fait que le droit absolu de chaque propriétaire est limité par le droit égal et semblable des propriétaires voisins. La maxime : *Qui jure suo utitur, neminem ledit*, n'est vraie qu'à la condition que celui qui exerce son droit ne viole pas le droit égal et réciproque d'autrui ; la faute, au sens de l'art. 1382, vient à naître dès qu'on porte atteinte au droit d'un tiers. P. 1889, II, 365.

Il ne suffit pas, pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, qu'un propriétaire ait privé par son fait un voisin de certains avantages dont celui-ci avait joui jusqu'alors ; il faut de plus qu'en exerçant son droit il ait porté une atteinte au droit du voisin, comme celle qui résulte d'un bruit intolérable ou d'une odeur insalubre. L'exercice du droit de propriété reste légitime toutes les fois qu'il ne constitue aucun empiètement sur le droit d'autrui. *In suo hactenus alii facere licet, quatenus nihil immittat in alienum*. D. 1889, II, 223.

Un propriétaire a, de sa maison, une vue magnifique ; le voisin élève une construction qui masque complètement la vue. La personne lésée ne pourra pas réclamer, car l'acte du

voisin, bien qu'il lui cause un préjudice, ne viole pas son droit; sa propriété ne lui donnait aucun droit de vue sur l'héritage voisin. — Un propriétaire creuse un puits ou pratique des fouilles dans son fonds et tarit ainsi la source qui alimente le puits du voisin. Il n'est tenu à aucune réparation, bien qu'il nuise à son voisin, parce que celui-ci n'a aucun droit sur les eaux de la source. P. 1885, I, 109; D. 1887, I, 426. — Un propriétaire construit sur son terrain une usine qui envoie sur le fonds voisin une fumée ou des émanations incommodes et malsaines. Le voisin est fondé à réclamer, car il a le droit d'avoir sur son héritage un air sain et pur. P. 1892, II, 161; D. 1887, I, 391; 1891, II, 120. — Un propriétaire exploite son immeuble en y installant un établissement de prostitution. Il est responsable du préjudice qu'il cause à ses voisins, car il lèse le droit que ceux-ci ont à la jouissance normale de leurs propres immeubles. P. 1893, II, 66.

Il peut arriver que l'ouvrage ou l'établissement qui lèse le droit du voisin ait été autorisé par le pouvoir administratif après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi ou les règlements de police. L'effet de l'autorisation administrative est uniquement de rendre l'ouvrage ou l'établissement licite au point de vue des lois répressives. L'autorisation n'a aucun effet au point de vue du droit privé; c'est que le Gouvernement et les collèges administratifs n'ont pas le pouvoir de porter atteinte au droit de propriété. P. 1893, II, 66.

CHAPITRE II. — DES EFFETS DE LA PROPRIÉTÉ.

782. L'art. 546 contient un principe général qui est développé dans les art. 547 à 577. Le droit du propriétaire frappe toute la chose; il s'étend par voie de conséquence à tout ce que la chose produit et à tout ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Cette théorie du Code s'appelle le *droit d'accession*. L'expression est certaine-

nement impropre, comme on le verra dans le développement de la matière, mais il faut la respecter puisqu'elle est écrite dans la loi.

SECTION 1^{re}. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.

§ 1^{er}. — DE LA DISTINCTION DES FRUITS ET DES PRODUITS EXTRAORDINAIRES.

783. Tout ce qu'un bien peut donner ou procurer est compris dans la dénomination générale de *produits*. Quand les produits sont périodiques, ils constituent des *fruits* ou *revenus*.

Le Code divise les fruits en deux catégories, les fruits naturels ou industriels (¹), d'une part, et les fruits civils, d'autre part.

Les fruits *naturels* sont les récoltes des terres, la laine et le croît des animaux, et, en général, tous les produits périodiques des choses. Sont aussi des fruits naturels, les coupes des bois et les produits des mines, minières, carrières et tourbières, sous les restrictions qui seront faites au titre de l'usufruit.

Les fruits *civils* sont les intérêts des capitaux, les prix des baux à loyer ou à ferme, les arrérages des rentes perpétuelles ou viagères, les redevances des mines, les bénéfices des établissements industriels ou commerciaux, les dividendes afférents aux actions ou parts de sociétés.

Les bénéfices sociaux qui sont affectés, en vertu des statuts, à l'accroissement du capital, sous le nom de formation d'un fonds de réserve, de prévision ou d'amortissement, ne sont pas des fruits. Les primes ou les lots que le sort attribue aux valeurs à primes ou à lots, ne sont pas non plus des fruits.

(¹) Il n'y a aucun intérêt pratique à distinguer les fruits qui viennent spontanément de ceux qui exigent l'industrie de l'homme. Ces deux espèces de fruits sont régis exactement par les mêmes principes.

La formule la plus simple pour exprimer nettement la notion des fruits est celle-ci : sont réputés fruits ou revenus d'un bien, tous ceux des produits de ce bien que le Code attribue à l'usufruitier au titre de l'usufruit.

§ 2^e. — DU DROIT DU PROPRIÉTAIRE A TOUS LES PRODUITS DE SA CHOSE.

Art. 547 et 548.

784. En principe, le propriétaire a droit à tout ce qui provient de sa chose. Il n'y a pas à distinguer entre les fruits proprement dits et les autres produits. L'art. 546 dispose d'une manière absolue que la propriété d'une chose donne droit sur *tout* ce qu'elle produit. *Meum est quod ex re mea superest*. Si l'art. 547 statue seulement à l'égard des fruits, c'est qu'il n'est écrit que pour servir d'introduction à la matière des rapports du propriétaire avec le tiers de bonne foi qui en a eu la possession proprement dite et qui, à ce titre, en a acquis valablement les produits périodiques pendant la durée de sa bonne foi. Art. 549.

785. Jamais les fruits d'une chose ne peuvent appartenir au propriétaire de cette chose que sous l'obligation de rembourser au tiers qui l'a possédée les frais que celui-ci a faits pour assurer la production des fruits, et les sommes qu'il a déboursées pour acquitter les charges périodiques de la propriété, telles que les contributions foncières. Art. 548. *Fructus non intelliguntur nisi deductis impensis*. P. 1890, II, 119. La disposition de l'art. 548 n'est qu'une application particulière de ce principe qui n'est écrit nulle part en termes généraux, mais qui domine le droit tout entier : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. D. 1892, I, 596.

L'art. 548 est conçu d'une manière générale : il s'applique aussi bien à l'hypothèse où les fruits sont encore partie intégrante de la chose frugifère au moment de la revendication du propriétaire, qu'à celle où ce dernier exerce le droit d'accession en réclamant la restitution des fruits qui ont été perçus par le possesseur.

La règle d'équité que consacre l'art. 548 ne comporte aucune distinction entre le possesseur de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi.

786. En principe, le possesseur qui succombe dans l'action en revendication doit restituer la chose *cum omni causa*, c'est-à-dire avec tous les produits qu'elle a pu donner. Ce principe ne souffre aucune exception quand le possesseur était de mauvaise foi. Art. 549, *ine fine*.

Le possesseur de mauvaise foi est tenu de faire raison au propriétaire revendiquant, non seulement de tous les fruits qu'il a effectivement perçus, mais encore de ceux qu'il aurait pu percevoir par une administration intelligente. Sans doute, l'art. 549 ne parle pas des fruits que le possesseur a négligé de percevoir, mais ce silence est tout à fait indifférent. Notre solution se fonde à la fois sur la tradition du droit romain et de l'ancien droit français et sur le principe de l'art. 1382. La possession de mauvaise foi de la chose d'autrui est un délit civil; le possesseur est obligé *ex delicto* à indemniser le propriétaire de tout le dommage qu'il lui a causé; il est donc juste que le possesseur l'indemnise des fruits que celui-ci eût perçus, s'il n'en avait pas été empêché par la possession.

La prescription quinquennale de l'art. 2277 n'est pas applicable à la restitution des fruits à opérer par le possesseur de mauvaise foi. P. 1873, II, 258.

La mauvaise foi du possesseur ne l'empêche pas d'usucaper la chose par trente ans de possession. Art. 2262. D'un autre côté, la prescription accomplie a un effet rétroactif au jour où la possession a commencé. Il ne peut donc plus y avoir lieu à aucune obligation de restitution de fruits de la part du possesseur de mauvaise foi, lorsqu'il est devenu lui-même propriétaire de la chose par l'effet de la prescription.

§ 3°. — DES CAS OÙ LE PROPRIÉTAIRE N'A PAS DROIT AUX PRODUITS PÉRIODIQUES DE SA CHOSE, ET SPÉCIALEMENT DE LA RÈGLE QUE LE POSSESSEUR DE BONNE FOI FAIT LES FRUITS SIENS.

Art. 549 et 550.

787. — Il est des cas où les fruits qui viennent à être séparés de la chose n'appartiennent pas au propriétaire de cette chose. Ces cas sont les suivants :

1° Lorsque la propriété est démembreée et que le droit de jouir est concédé à un tiers. Ce sont les cas d'usufruit d'usage ou d'emphytéose.

2° Lorsqu'un tiers a un droit de bail sur la chose, en vertu d'un titre opposable au propriétaire. Art. 1709 et 1743.

3° Lorsque le propriétaire de la chose n'en a pas la possession et que le possesseur est de bonne foi. Art. 549 et 550.

788. L'art. 549 détermine quels seront les rapports de l'individu qui possède de bonne foi une chose frugifère avec le véritable propriétaire de cette chose qui triomphera dans l'action en revendication. Il dispose que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens; ce possesseur ne devra donc aucun compte au propriétaire revendiquant des fruits perçus, alors même qu'il ne les aurait pas consommés. Théoriquement, il devrait en être du possesseur de bonne foi comme du possesseur de mauvaise foi. La bonne foi ne pouvant le dispenser de rendre une chose qui ne lui appartient pas, ne devrait pas le dispenser de restituer des fruits qui ne lui appartiennent pas davantage, d'après le principe de l'art. 547.

Cette exception de notre art. 549 est fondée sur un motif d'équité. La loi ne veut pas que le possesseur de bonne foi devienne victime d'une erreur qui est excusable et de la négligence du propriétaire qui ne réclame pas sa chose. Les fruits sont faits pour être dépensés. Se croyant propriétaire, le possesseur augmente ses dépenses en proportion des revenus qu'il croit avoir. Il pourrait être ruiné, si après plusieurs années de possession, on venait le contraindre à restituer les fruits qu'il a perçus.

Le possesseur ne devra aucun compte au propriétaire des fruits perçus de bonne foi, même de ceux qui ne seraient pas encore consommés au moment de l'action en revendication. A la différence du droit romain, l'art. 549 ne fait aucune distinction ni restriction; il dispose purement et simplement que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. La restriction romaine donnait lieu à de graves difficultés de preuve dans la pratique.

789. L'art. 549 ne dit pas comment le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. En présence de ce silence du texte, il faut bien appliquer par analogie les règles du titre de l'usufruit; ce sont les seules qu'il y ait dans le Code sur le mode d'acquisition des fruits. Nous déciderons donc que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens comme l'usufruitier. Ce principe amène la distinction suivante : le possesseur acquiert les fruits naturels par le fait seul de leur séparation d'avec la chose frugifère; il n'y a pas à examiner par quel fait ces fruits cessent d'être une partie intégrante du fonds, s'ils ont été séparés par le possesseur lui-même ou ses préposés, par un tiers, ou par un cas fortuit. Quant aux fruits civils, le possesseur les acquiert jour par jour, proportionnellement à la durée de sa possession de bonne foi, sans qu'il soit besoin d'une perception distincte de l'échéance quotidienne. Cette solution est commandée par la combinaison des art. 547, 549 et 586; il y aurait contradiction à décider, d'une part, que les fruits civils comme tels appartiennent au possesseur de bonne foi, et, d'autre part, qu'ils ne lui sont pas attribués avec leur caractère distinctif et unique, qui est de s'acquérir jour par jour.

790. Le possesseur est de bonne foi, dit l'art. 550, quand il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Le mot *titre* désigne ici, non pas un écrit, *instrumentum*, mais une *cause* juridique qui, de sa nature, aurait transféré la propriété si elle n'avait pas été viciée. L'art. 711 indique ces causes d'acquisition de la propriété : la succession, la donation, le testament et certains contrats,

tels que la vente et l'échange. La preuve de l'existence du titre se fait d'après les règles ordinaires. Il faut que le possesseur ignore les vices dont son titre est atteint, c'est-à-dire qu'il ne connaisse pas les vices qui ont empêché ce titre de lui transférer effectivement la propriété de la chose possédée. Il n'y a pas à distinguer entre les vices de fond et les vices de forme. Ordinairement le vice consiste dans le défaut de propriété chez l'auteur du titre, c'est-à-dire chez l'aliénateur. Le vice peut aussi consister dans l'incapacité de l'aliénateur ou dans un défaut de forme, soit habilitante, soit même solennelle. Si la loi se montre plus difficile en matière de prescription, art. 2267, c'est qu'il s'agit là de l'acquisition du fonds lui-même, tandis qu'il ne s'agit ici que de l'acquisition des fruits. Enfin, il importe peu que l'erreur dans laquelle le possesseur est tombé soit une erreur de droit ou une erreur de fait.

L'art. 550 détermine-t-il limitativement ce qu'il faut entendre par un possesseur de bonne foi ? Le titre putatif ne peut-il servir de fondement à la bonne foi ? On appelle titre *putatif* le titre qui n'a d'existence que dans l'opinion erronée du possesseur. Tel est le cas où une personne croit valablement recueillir en vertu d'un testament révoqué dont elle ignore la révocation. Il ne faut pas considérer l'art. 550 comme limitatif ; en s'exprimant comme il le fait, il indique simplement le cas le plus fréquent dans lequel on se trouve en présence d'un possesseur de bonne foi. Le système de la loi est celui-ci : la seule condition requise pour que le possesseur gagne les fruits, c'est qu'il ait la croyance qu'il est propriétaire ; mais l'art. 549 ne se contente pas d'une croyance quelconque, sans le moindre fondement, il veut que la bonne foi soit raisonnable ; l'art. 550 dispose ensuite que le possesseur *doit* être considéré comme de bonne foi quand il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices, mais il n'empêche pas le juge de traiter également comme possesseur de bonne foi, le possesseur qui justifie qu'il avait un autre motif raisonnable de se croire propriétaire. Tout différent est le système de l'art. 2265 en

matière de prescription; ce texte exige cumulativement que le possesseur *ad usucapionem* ait acquis la possession de bonne foi *et* par juste titre; il fait ainsi de l'existence d'un titre translatif de propriété, une condition distincte de la bonne foi.

En résumé donc, le possesseur de bonne foi est celui qui croit *raisonnablement* à la légitimité de sa possession. Le possesseur est de bonne foi dans le cas prévu par l'art. 550. En dehors de ce cas, la question de savoir si un possesseur est de bonne foi, n'est qu'une pure question de fait, qui ne peut être résolue que selon les circonstances de chaque espèce. P. 1849, I, 349; D. 1891, I, 367.

791. Le possesseur ne fait les fruits siens qu'autant qu'il est de bonne foi.

La bonne foi doit être exclusivement appréciée dans la personne du possesseur. Il ne faut avoir aucun égard à la personne de son auteur. Le principe de la jonction des possessions, *accessio possessionis*, est étranger à notre matière. Ainsi, l'héritier d'un possesseur de mauvaise foi gagne certainement les fruits depuis l'ouverture de la succession, lorsqu'il est lui-même de bonne foi. Mais, bien entendu, il devra compte des fruits que son auteur a perçus ou pu percevoir, comme possesseur de mauvaise foi; l'héritier est, en effet, tenu de toutes les obligations de son auteur.

Le possesseur doit être de bonne foi à chaque perception de fruits. Il ne suffit pas qu'il ait été de bonne foi au moment où sa possession a commencé. Le principe : *Mala fides superveniens non nocet*, n'est pas applicable ici. Si donc le possesseur, après avoir été de bonne foi, venait à découvrir son erreur, il devrait compte de tous les fruits de la chose depuis la cessation de sa bonne foi, sauf à se faire indemniser de ses frais de labour, de semences, etc. Avec la bonne foi, disparaît, en effet, la cause du droit du possesseur sur les fruits. Le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment qu'il découvre son erreur. Art. 550, al. 2.

On enseigne d'ordinaire que c'est au propriétaire revendicant à prouver la mauvaise foi du possesseur, pour

l'astreindre à rendre compte des fruits. Nous croyons, au contraire, que c'est au possesseur qui allègue sa bonne foi pour conserver les fruits, à en fournir la preuve. En effet, dès lors que le propriétaire a établi son droit de propriété sur la chose, les fruits lui appartiennent en vertu de la règle de l'art. 547. Le possesseur qui prétend les avoir faits siens à raison de sa bonne foi, devient ainsi demandeur de ce chef. Dès lors, c'est à lui à établir le bien fondé de sa prétention, selon le principe de l'art. 1315.

792. Quand le propriétaire obtient gain de cause dans une action en revendication intentée contre un possesseur de bonne foi, celui-ci doit restituer tous les fruits par lui perçus depuis le jour de l'exploit introductif de l'instance. C'est là une conséquence du principe que les jugements déclaratifs opèrent avec effet rétroactif au jour de la demande. P. 1887, II, 53.

793. L'art. 549 n'attribue au possesseur de bonne foi que les fruits proprement dits, et non tous les produits de la chose. Jamais le possesseur ne peut faire siens les produits qui n'ont pas le caractère de fruits, par ex. : les produits des mines et des carrières ouvertes durant sa possession.

SECTION 2^e. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.

§ 1^{er}. — DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES IMMOBILIÈRES.

I. — *De l'accession des constructions, plantations et autres ouvrages.*

Art. 552 à 555.

794. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Art. 552, al. 1^{er}. C'est sur ce principe que repose notre premier cas d'accession en matière immobilière.

Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les constructions et plantations qu'il juge convenables. Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il juge à propos et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir. Art. 552, al. 2 et 3. Il faut dire plus que ces

deux textes : non seulement le propriétaire a le droit de faire les travaux dont ils parlent, mais lui seul a le droit de les faire, en ce sens que son voisin ne peut pas empiéter sur le domaine aérien ni sur le domaine souterrain qui lui appartient. Ainsi, mon voisin qui construit sur son fonds ne peut pas établir un balcon en projection sur mon héritage, car il usurperait une partie de mon domaine aérien.

En principe donc, le propriétaire peut élever des constructions jusqu'à une hauteur indéfinie. Toutefois, il appartient à l'autorité communale, dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publiques, de limiter la hauteur maxima des édifices (suprà n° 780).

Le principe que la propriété du sol emporte celle du tréfonds a reçu une exception considérable, par la loi du 21 avril 1810 sur les mines. Les mines proprement dites ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'une concession du Gouvernement. Celui-ci concède la mine à qui il veut; le propriétaire du sol n'a aucun droit de préférence. C'est que les mines forment une partie importante de la richesse du pays; l'intérêt public exige que le Gouvernement demeure libre de choisir, pour la concession, ceux qui, par leurs talents et leurs ressources pécuniaires, paraissent présenter les garanties les plus sérieuses d'une bonne exploitation. Le propriétaire du sol subit donc une véritable expropriation quand la mine est concédée à un tiers. Aussi la loi de 1810 lui accorde-t-elle une indemnité, sous forme d'une redevance annuelle, qui est fixée par l'arrêté de concession. L'arrêté de concession a pour effet immédiat de détacher juridiquement du sol le tréfonds minier compris dans la concession, et d'en faire une propriété désormais distincte.

Si le sol en général comprend le dessus et le dessous, il ne le comprend pas si essentiellement que ceux-ci ne puissent former eux-mêmes des choses distinctes par la volonté de l'homme; la propriété des plantations, constructions et autres ouvrages superficiels ou souterrains, tels que pavements et canalisations, peut être divisée. On peut concevoir que les étages supérieurs d'une maison appartiennent à une

personne, que le rez-de-chaussée et le sol appartiennent à une autre, tandis que la région souterraine appartiendrait à une troisième. Art. 553, *in fine* et 664.

795. L'art. 553 établit deux présomptions distinctes : 1° que toutes constructions, plantations et ouvrages quelconques qui se trouvent sur un terrain ou dans l'intérieur, appartiennent au propriétaire de ce terrain; 2° que ces constructions, plantations et ouvrages ont été faits par le propriétaire du terrain et à ses frais. Ces deux présomptions sont purement relatives, c'est-à-dire *juris tantum*.

796. PREMIÈRE PRÉSUMPTION. L'effet de cette présomption basée sur le droit d'accession, est que celui qui est devenu propriétaire, il y a déjà quelque temps, d'un terrain nu sur lequel s'élèvent aujourd'hui des constructions et des plantations, ou sous lequel s'étendent des caves et autres ouvrages, aura seulement à prouver qu'il était originairement propriétaire du terrain nu, pour être présumé être également propriétaire des constructions, plantations, etc. Il importe peu que ces constructions ou plantations aient été faites par le propriétaire lui-même ou par un tiers. Les constructions élevées par un locataire ou fermier sont donc présumées appartenir au propriétaire du sol. D. 1892, II, 309 et 409.

Le tiers qui se prétend propriétaire de constructions, plantations ou ouvrages qui existent sur un terrain ou dans l'intérieur, doit faire la preuve que la propriété de l'immeuble a été morcelée, que d'une seule propriété il en a été fait deux ayant chacune son objet distinct. Ce morcellement de la propriété, il peut avoir été créé soit par une renonciation du propriétaire du sol au bénéfice du droit d'accession, soit par une prescription acquisitive accomplie contre lui. L'art. 553, *in fine*, cite même expressément ce second mode de morcellement. Il faut remarquer à ce sujet que l'usucapion d'un souterrain ne peut s'accomplir qu'autant que la possession présente les caractères exigés par l'art. 2229, et notamment celui de la publicité.

L'art. 553 ne s'explique pas sur le mode à suivre pour

administrer la preuve contraire qu'il autorise. Il faut donc décider que ce mode est réglé par les principes généraux du titre des obligations. P. 1871, I, 48.

797. SECONDE PRÉSUMPTION. L'effet de cette seconde présomption est que le propriétaire du sol ne doit d'indemnité à personne, du chef des plantations, constructions et autres ouvrages, etc., qui ont été faits sur son terrain ou dans l'intérieur.

La preuve contraire à cette présomption peut avoir pour résultat d'établir soit que les matériaux employés par le propriétaire du terrain ou les arbres qu'il a plantés appartenaient à autrui, soit que les constructions ou plantations ont été faites par un tiers et aux frais de ce tiers. Ces deux hypothèses font l'objet des art. 554 et 555. Il ne s'agit plus ici d'une question de propriété. Il n'est pas établi que le droit d'accession ait subi quelque limitation; il a donc opéré tout son effet en faveur du maître du sol. L'ancien propriétaire des matériaux ou des plantes ne peut plus les réclamer; ces objets ont perdu leur individualité. *Res extinctæ vindicari non possunt*. Toute l'affaire est ici de régler l'application du principe : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Le Code ne statue plus que sur une question d'indemnité. P. 1886, II, 295.

798. Hypothèse de l'art. 534. *Un propriétaire a construit ou planté sur son terrain avec des matériaux ou des arbres appartenant à autrui.*

Le Code donne à l'ancien maître des matériaux ou des arbres, le droit d'en réclamer la valeur et même, s'il y a lieu, de plus amples dommages-intérêts, conformément à l'art. 1382. La valeur dont parle l'art. 554 est celle qu'avaient les matériaux ou les arbres à l'époque où ils ont été incorporés dans le sol. C'est, en effet, de cette valeur que leur propriétaire a été privé. Il va de soi que le maître du terrain ne pourrait contraindre l'ancien propriétaire des matériaux ou des arbres à les reprendre après démolition ou déplantation, pour échapper à l'obligation de lui en payer la valeur.

799. Hypothèse de l'art. 555. *Un tiers a construit avec ses matériaux ou fait des plantations avec ses arbres sur le terrain d'autrui.*

Le texte de l'art. 555 contient une disposition générale et une exception. La disposition générale est formulée par la première partie du texte, qui va jusqu'au mot *néanmoins* du troisième alinéa. Elle concerne tous les *tiers* qui ont possédé le fonds et qui y ont fait des constructions ou des plantations en leur propre nom et pour leur propre compte. Elle ne fait aucune distinction entre eux; elle concerne aussi bien ceux qui ont possédé le fonds à titre précaire, comme les locataires et fermiers ⁽¹⁾, que ceux qui l'ont possédé à titre de propriétaires. Il est tout à fait arbitraire de la restreindre aux seuls possesseurs juridiques de mauvaise foi. Le fait que la disposition finale de l'article ne statue qu'à l'égard des possesseurs juridiques de bonne foi, ne suffit pas pour faire admettre que la disposition principale soit uniquement relative aux possesseurs *juridiques* de mauvaise foi. P. 1883, I, 367; 1887, I, 56.

La disposition générale n'exclut par le mot *tiers* que ceux qui ont construit ou planté au nom et pour le compte du propriétaire, par ex., en qualité de gérants d'affaires ou de copropriétaires. Lorsque les travaux opérés par le constructeur ont fait l'objet d'un contrat ou d'un quasi-contrat avec le propriétaire, ce contrat ou quasi-contrat fait évidemment loi entre les parties.

L'exception établie par la finale de l'art. 555 concerne les

(1) Il faut bien saisir comment l'art. 555 peut s'appliquer au locataire ou fermier. Toutes les fois que le contrat de bail fixe les droits respectifs des parties sur les constructions que le preneur pourra édifier, il faut s'y tenir absolument; ainsi il peut arriver que le preneur ait renoncé dans le contrat à toute indemnité à raison des améliorations qu'il procurerait au fonds. Mais lorsque, comme il arrive le plus souvent, le contrat de bail est muet sur ce point, l'art. 555 s'applique au preneur comme à tout autre tiers. On ne comprendrait pas que la position d'un preneur serait moins favorable que celle d'un usurpateur! *Revue de droit belge*, 1886, p. 58.

tiers qui ont possédé le fonds, dans le sens de l'art. 2228, et de bonne foi, dans le sens de l'art. 549.

800. Vis-à-vis d'un tiers ordinaire, le propriétaire du terrain peut choisir entre ces deux partis : ou bien forcer le tiers à enlever les constructions et les plantations qu'il a faites, et à rétablir, à ses propres frais, le terrain dans son état primitif, al. 2; ou bien conserver pour lui les constructions et les plantations, en remboursant au tiers le montant de tout ce que celui-ci a dépensé, quand même la plus-value serait inférieure à la dépense, al. 3.

Vis-à-vis d'un tiers possesseur de bonne foi, le propriétaire du terrain n'a jamais le droit d'exiger la suppression des travaux; il doit toujours les conserver et payer une indemnité au possesseur. Cette indemnité consiste, au choix du propriétaire, dans le payement de la simple plus-value que les constructions ou plantations donnent à l'immeuble, au jour de sa restitution, ou dans le remboursement de tout ce que ces travaux ont coûté ⁽¹⁾.

Jamais le possesseur de bonne foi ne doit imputer sur le montant de l'indemnité qui lui est due, la valeur des fruits qu'il a retirés de l'immeuble. La raison en est qu'il ne doit rien au propriétaire à raison de ces fruits, puisqu'il les a faits siens en vertu de l'art. 549.

Il semble que le possesseur juridique de bonne foi soit moins bien traité que les autres tiers, possesseurs à titre précaire ou possesseurs juridiques de mauvaise foi, puisque ceux-ci ont toujours droit au montant intégral de leurs dépenses, quand le propriétaire veut garder les travaux qu'ils ont faits. Et cependant il ressort bien du texte même de l'art. 555 que le Code a voulu faire au possesseur de bonne foi une situation privilégiée ! Le reproche est exact, il y a là une *inelegantia juris*. Mais il faut observer que le propriétaire du sol a un moyen à peu près infailible d'amener les tiers ordinaires à capituler : c'est de les menacer

(1) Le plus souvent le propriétaire demandera que l'indemnité soit réglée sur la plus-value, parce qu'elle sera inférieure au montant de la dépense.

d'exiger à leurs frais la suppression des ouvrages, constructions et plantations; le plus souvent le possesseur à titre précaire ou de mauvaise foi, ainsi acculé, se contentera de la simple plus-value et peut-être même d'une indemnité moindre, parce que la suppression des travaux ne lui procurerait qu'un avantage plus modique encore.

801. Le tiers auteur des travaux peut-il exercer le droit de rétention sur l'immeuble jusqu'à ce que le propriétaire ait payé l'indemnité mise à sa charge? L'art. 555 ne fait pas du paiement de l'indemnité une condition de la reprise de l'immeuble. Le droit de rétention, qui aboutit à un véritable privilège, ne peut donc exister, même au profit du possesseur de bonne foi. Il n'y a pas de privilège sans texte. P. 1887, II, 106; D. 1891, II, 221.

802. L'art. 555 ne concerne que les travaux qui constituent des constructions, des plantations ou d'autres gros ouvrages; il ne s'applique pas aux réparations proprement dites. La question des indemnités dues par le propriétaire au possesseur pour travaux de réparation doit toujours être réglée par la seule considération de la nature des travaux, et non par la considération de la bonne ou de la mauvaise foi. S'il s'agit de réparations nécessaires, le possesseur doit toujours être indemnisé complètement, puisque le propriétaire aurait dû les faire lui-même. S'il s'agit de travaux simplement utiles, le propriétaire n'est tenu que dans la mesure de l'augmentation de valeur résultant des impenses au moment de la restitution.

Observation.

803. Les règles exposées sous ce n° I servent à expliquer l'immobilisation par incorporation ou accession dont il a été parlé ci-dessus, n° 741 et suiv. Elles n'ont rien de commun avec l'immobilisation par destination des art. 524 et 525.

II. *Accroissement résultant du voisinage des rivières.*

A. — *De l'alluvion et des relais.*

Art. 556 et 557.

804. On appelle *alluvion* l'accroissement qu'un cours d'eau,

fleuve ou rivière, procure insensiblement aux fonds riverains. L'alluvion est aussi appelée *lai*, parce qu'elle se compose de matières apportées et laissées par l'eau le long de la rive. On nomme *relai* la portion du lit que les eaux laissent à sec en se retirant insensiblement de l'une des rives pour se porter sur l'autre.

Les alluvions et les relais profitent aux propriétaires riverains, sans qu'il y ait à distinguer si la rivière est ou non navigable ou flottable. Mais comme il existe sur les rives des fleuves et des rivières navigables ou flottables, une double servitude de halage et marchepied pour le service de la navigation, l'art. 556 statue que cette double servitude sera toujours respectée, sauf déplacement de l'assiette du chemin. En cas de relai, le propriétaire riverain profite de l'accroissement, sans que le propriétaire du côté opposé puisse venir réclamer l'équivalent du terrain qu'il a perdu.

Lorsque le cours d'eau est longé par un chemin public, c'est le propriétaire du chemin, c'est-à-dire l'Etat, la province ou la commune, qui profite de l'accroissement.

L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs. Art. 558.

B. — *De l'avulsion, des îles, îlots et atterrissements et du lit abandonné.*

Art. 559 à 563.

805. Renvoi au texte du Code.

III. — *Des animaux sauvages qui, en se fixant sur un fonds, en deviennent les accessoires.*

Art. 564.

806. Au point de vue juridique, les animaux peuvent être divisés en trois classes : 1° les animaux sauvages; nous en acquérons la propriété par l'occupation et nous la perdons dès que l'occupation vient à cesser; 2° les animaux domestiques; nous en conservons la propriété alors même qu'ils ne sont plus directement sous notre main, tels sont les pigeons voyageurs. P. 1875, III, 61; 3° enfin, certains animaux sauvages de leur nature, qui ont pris l'habitude de se tenir sur

un fonds et d'y revenir, d'y demeurer; ce sont ceux dont s'occupe l'art. 564.

Les animaux dont il s'agit dans notre texte ne sont point par eux-mêmes, *per se*, l'objet direct de la propriété de l'homme; ils ont conservé leur liberté naturelle; ils ne sont à nous que parce qu'ils sont les hôtes d'un bien qui nous appartient; nous n'avons à vrai dire qu'un colombier peuplé de pigeons, qu'une garenne peuplée de lapins, qu'un étang empoissonné. Tel est le système de l'article : il considère comme une sorte d'accession le passage spontané des pigeons d'un colombier, des lapins d'une garenne ou des poissons d'un étang, dans un autre colombier, garenne ou étang. Il limite les effets de l'accession au cas où les animaux en question n'ont pas été attirés sur le fonds par fraude et artifice. S'ils y avaient été attirés frauduleusement, leur ancien maître serait autorisé à les revendiquer, en supposant bien entendu qu'il soit possible de les reconnaître; sinon l'action en revendication se convertirait fatalement en une action en dommages-intérêts.

807. La disposition de l'art. 564 est étrangère au cas où des pigeons, lapins et poissons auraient été placés dans un fonds par le fermier ou l'usufruitier de ce fonds. Celui-ci aurait, certes, le droit de les enlever à l'expiration de son bail ou de son usufruit. L'art. 524, en effet, ne répute immeubles les pigeons, etc., qui ont été placés sur un fonds, que s'ils y ont été placés par le propriétaire de ce fonds.

§ 2^d. — DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSSES
MOBILIÈRES.

Art. 565 à 577.

808. La théorie de l'accession en matière mobilière n'a à peu près aucune importance en droit moderne. En effet, dans la plupart des cas d'adjonction, de spécification ou de mélange, la question de propriété est tranchée par le principe de l'art. 2279, ou par la convention avenue entre les deux propriétaires, indépendamment des dispositions relatives à l'accession.

TITRE III.

De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

809. On entend par servitude, un droit réel sur la chose d'autrui, droit en vertu duquel des services sont dus par cette chose à une personne déterminée ou à un fonds déterminé.

La servitude est un droit réel, c'est-à-dire qu'elle frappe directement la chose et la suit entre les mains de tout détenteur.

C'est un droit sur la chose d'autrui. *Nulli res sua servit*. Le propriétaire n'a pas besoin de servitudes sur sa propre chose; il peut, en vertu de son droit de propriété même, faire servir sa chose à toute sorte d'usages.

La servitude donne droit à des services et ces services sont dus par une chose et non par la personne du propriétaire. En d'autres termes, la servitude peut consister à souffrir ou à ne pas faire quelque chose pour le propriétaire de l'objet grevé, elle ne peut consister à faire pour ce propriétaire; c'est son bien qui doit les services, il ne les doit pas lui-même. *Servitus in faciendo consistere nequit sed tantummodo in patiando aut in non faciendo*.

Le service qui fait l'objet de la servitude est dû soit à une personne déterminée, soit à un fonds déterminé, c'est-à-dire à tous les propriétaires présents et futurs de ce fonds.

810. Les servitudes se divisent en servitudes personnelles et en servitudes réelles ou services fonciers.

Les servitudes personnelles sont celles qui sont établies au profit d'une personne déterminée. Elles sont essentiellement temporaires. Elles peuvent avoir pour objet des meubles ou des immeubles. La servitude qui permet d'user et de jouir de la chose d'autrui comme le propriétaire lui-même, est l'usufruit. Les droits d'usage et d'habitation ne sont que des usufruits restreints. L'art. 543, qui énumère les

droits réels organisés par le Code, et la rubrique de notre titre III n'emploient pas l'expression classique *servitudes personnelles*. Les auteurs du Code n'ont pas voulu se servir de cette expression, parce qu'elle aurait paru rappeler les services personnels et les corvées du régime féodal. Il fallait ménager les susceptibilités populaires au lendemain de la Révolution.

Les servitudes réelles sont celles qui sont établies sur un immeuble au profit d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. Elles supposent deux fonds : un fonds servant sur lequel la servitude est établie, et un fonds dominant qui a droit à la servitude, en ce sens que le droit à la servitude s'acquiert avec la propriété de ce fonds et se perd avec elle. Selon que l'on envisage le fonds dominant ou le fonds servant, la servitude est dite active ou passive. Les servitudes réelles sont de leur *nature* perpétuelles, comme les fonds qui leur servent d'assiette active et passive.

La différence capitale entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles consiste donc en ce que les premières appartiennent à une personne considérée comme individu, tandis que les secondes n'appartiennent qu'à la personne considérée comme propriétaire du fonds auquel elles sont attachées.

CHAPITRE I^{er}. — DE L'USUFRUIT.

SECTION 1^{re}. — Notions générales.

Sommaire.

- § 1^{er}. — Des caractères essentiels de l'usufruit.
- § 2. — Des différentes manières dont il peut être établi.
- § 3. — Des modalités dont il est susceptible.
- § 4. — Sur quels biens il peut être établi.

§ 1^{er}. — DES CARACTÈRES ESSENTIELS DE L'USUFRUIT.

Art. 578.

811. L'usufruit est un droit réel temporaire, portant sur la chose d'autrui et donnant à l'usufruitier le droit de jouir de

cette chose comme le propriétaire lui-même, à la charge d'en conserver la substance et de gérer en bon père de famille.

812. L'usufruit est un droit réel de jouir. Art. 543. Il suit de là que le propriétaire du bien grevé doit le *laisser* jouir, mais qu'il n'est pas tenu de le *faire* jouir. La charge qui consisterait *in faciendo* serait tout à fait incompatible avec l'idée du droit réel, qui existe abstraction faite de tout individu autre que le titulaire du droit. Comme conséquences ultérieures de notre principe, il faut noter : 1° que l'usufruitier doit prendre la chose grevée dans l'état où elle se trouve au jour de l'ouverture de son droit; 2° qu'il ne peut, au cours de l'usufruit, contraindre le propriétaire à affectuer les grosses réparations qui deviennent nécessaires.

Il y a donc une profonde différence entre le droit de jouissance de l'usufruitier et celui du preneur à bail. Ce dernier n'a aucun droit réel sur la chose, il n'a qu'un simple droit de créance contre son bailleur; mais, en retour, sa créance a pour objet la prestation effective de la jouissance, elle lui permet d'exiger que le bailleur le fasse jouir de la chose pendant toute la durée du bail. Art. 1719, 1720, 1722, 1769 et suiv.

813. L'usufruit est un droit essentiellement viager. Art. 617. Un droit de jouissance perpétuel serait la destruction du droit de propriété. La durée de l'usufruit ne peut jamais dépasser la durée de la vie de l'usufruitier, même lorsque l'usufruit a été constitué pour un nombre déterminé d'années; il s'éteindra si l'usufruitier meurt avant l'expiration de la période indiquée. Dans un seul cas, l'usufruit a une durée certaine, fixée à 30 ans. Art. 619. Sauf ce cas, l'usufruit est donc un droit incertain et aléatoire quant à sa durée. Pour exprimer ce caractère du droit d'usufruit, on dit souvent qu'il est un droit personnel; le mot personnel est alors pris dans le sens de viager.

Le droit d'usufruit peut être créé au profit de plusieurs personnes successivement, c'est-à-dire qu'on peut établir des usufruits successifs. On ne fait ainsi aucun échec à notre principe; chacune des personnes appelées successivement à

la jouissance de la chose, tient son droit du constituant lui-même, et non du précédent usufruitier. Il y a alors autant d'usufruits distincts qu'il y a de personnes appelées à jouir les unes après les autres.

814. L'usufruit est le droit de jouir comme le propriétaire lui-même. Cette expression *droit de jouir* est générique; elle ne comprend pas seulement le *jus fruendi*, le droit de percevoir les fruits, elle embrasse aussi le *jus utendi*, le droit de se servir de la chose, d'en retirer tout l'usage dont elle est susceptible : le mot lui-même en témoigne, *usus fructus*. Le propriétaire ne conserve qu'un bien dépouillé de son utilité actuelle; aussi dit-on qu'il n'a plus qu'une nue propriété, c'est-à-dire une propriété stérile.

L'expression de l'art. 578 : *comme le propriétaire lui-même*, signifie que l'usufruitier a droit à toute espèce de fruits, non seulement aux produits que la chose donne périodiquement de sa nature même, c'est-à-dire aux fruits naturels et civils des art. 583 et 584, mais encore aux produits que la chose ne donne périodiquement que par suite de la destination à laquelle elle était consacrée par le propriétaire au jour de l'ouverture de l'usufruit, c'est-à-dire aux produits réputés fruits par les art. 591 et 598. Ainsi, les arbres de haute futaie ne sont pas des fruits proprement dits, puisqu'ils ne se reproduisent pas périodiquement; cependant, si le propriétaire d'une forêt en a mis les arbres de haute futaie en coupe réglée, cette destination imprime le caractère de fruits à tous les arbres arrivés à maturité dans l'ordre établi pour les couper. Ainsi encore, les matières à extraire des mines, minières, carrières et tourbières sont traitées comme des fruits véritables, lorsque le propriétaire a mis son fonds en exploitation régulière et a indiqué ainsi que c'est sous cette forme qu'il entend en jouir; il a donné au fonds une destination qui fait considérer les substances qui y sont renfermées comme des produits réguliers de ce fonds.

815. L'usufruitier a deux obligations principales. Il doit, en premier lieu, conserver la substance de la chose usufruituaire. On entend par la substance juridique d'une chose, la

forme caractéristique et la destination particulière qui lui ont été données par le propriétaire, forme et destination qui font que cette chose est désignée par un *substantif* déterminé ou par une réunion de mots employés *substantivement*. Dire que l'usufruitier doit conserver la substance de la chose, c'est donc dire qu'il ne peut pas en changer la forme ni la destination. L'usufruitier ne peut pas modifier la substance de la chose, alors même que la modification projetée constituerait un acte de bonne gestion devant augmenter la valeur de cette chose. Le Code veut qu'à l'extinction de l'usufruit, le propriétaire retrouve sa chose dans son état antérieur. C'est ainsi qu'il faut résoudre la question de savoir si l'usufruitier a le droit de planter et de bâtir sur le fonds usufructuaire; il le peut pour augmenter sa jouissance, mais sous la condition de ne pas altérer la substance de la chose. Il peut rendre productif ce qui ne l'était pas; mais il ne peut, en changeant la destination de la chose, substituer à son produit actuel un autre genre de produit, même plus avantageux.

En second lieu, tout en se servant de la chose d'après sa destination actuelle, l'usufruitier doit gérer en bon père de famille. Art. 601.

816. L'usufruit d'une chose s'étend à tous ses accessoires. Art. 596 et 597. Parmi les droits auxquels l'art. 597 fait allusion, il convient de citer spécialement les droits de chasse et de pêche.

817. L'usufruit constitue un droit réel tout à fait différent de la nue propriété. Il n'y a pas indivision entre l'usufruitier et le nu propriétaire; car l'indivision suppose deux droits de même nature sur une même chose. Dès lors, il ne peut y avoir lieu à partage ou licitation entre le nu propriétaire et l'usufruitier. D. 1891, I, 71.

§ 2°. — DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT L'USUFRUIT PEUT
ÊTRE ÉTABLI.

Art. 579.

818. L'usufruit est établi par la loi, par la volonté de l'homme ou par la prescription.

L'usufruit est établi par la loi dans trois cas, ceux des art. 305, 384 et 754. L'usufruit dont il s'agit aux art. 305 et 384, diffère de l'usufruit ordinaire, en ce qu'il est grevé de certaines charges particulières.

L'usufruit peut être établi par la volonté de l'homme manifestée dans une convention, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ou dans un testament.

La constitution du droit d'usufruit est une aliénation partielle, puisque l'usufruit est un démembrement de la propriété. Il suit de là que pour constituer valablement un droit d'usufruit sur une chose, il faut être propriétaire de cette chose et capable de l'aliéner.

La constitution du droit d'usufruit s'opère d'une manière indirecte lorsque le propriétaire aliène sa chose en s'en réservant l'usufruit.

L'usufruit peut être acquis par prescription. Art. 2228, 2262, 2265 et 2279.

819. Les dispositions légales qui réglementent le droit d'usufruit sont faites pour tous les cas, aussi bien pour ceux où l'usufruit a été constitué par la volonté de l'homme, que pour ceux où il a été établi par la loi ou par la prescription. Mais ces dispositions peuvent recevoir du titre constitutif des modifications plus ou moins étendues, car, en général, elles n'intéressent pas l'ordre public. Art. 6 et 1134 cbn. Lors donc qu'il s'agit d'un usufruit établi par un acte entre vifs ou par testament, il faut avant tout en consulter le titre constitutif pour déterminer les droits et les obligations de l'usufruitier. C'est seulement dans le silence du titre qu'il y a lieu de recourir aux dispositions du Code.

§ 3°. — DES MODALITÉS DONT LA CONSTITUTION D'USUFRUIT
EST SUSCEPTIBLE.

Art. 580.

820. La constitution de l'usufruit est susceptible des modalités ordinaires des actes juridiques : le terme et la condition.

En cas d'usufruit pur et simple, le droit de l'usufruitier s'ouvre immédiatement s'il est constitué entre vifs, et dès l'instant de la mort du testateur s'il est constitué par testament. Mais, dans ce dernier cas, l'usufruitier n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande judiciaire en délivrance ou du jour où cette délivrance lui est volontairement consentie. Art. 1014. Les mêmes règles sont applicables à l'usufruit établi *ad diem* ; le seul effet du terme indiqué est d'en entraîner l'extinction avant le décès de l'usufruitier.

Dans le cas d'usufruit établi sous condition suspensive, le droit de l'usufruitier ne peut jamais s'ouvrir avant l'accomplissement de la condition. Quand l'usufruit est établi *ex die*, l'usufruit est en réalité plutôt conditionnel qu'à terme. En effet, comme il ne peut pas s'ouvrir dans la personne des héritiers de l'usufruitier, puisqu'il n'est pas transmissible héréditairement, art. 617, il se trouve, par la force même des choses, subordonné en pareil cas à la condition suivante : si l'usufruitier vit encore au moment de l'arrivée du terme.

Lorsque l'usufruit est établi au profit de plusieurs personnes successivement, les personnes appelées en second ou en troisième ordre doivent être au moins conçues au moment de l'établissement de l'usufruit s'il est constitué par acte entre vifs, ou au moment du décès du testateur s'il résulte d'un acte de dernière volonté.

§ 4°. — SUR QUELS BIENS L'USUFRUIT PEUT ÊTRE ÉTABLI.

Art. 581.

821. L'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles. Il peut donc être établi sur des biens

incorporels comme sur des biens corporels. Rien n'empêche même d'établir un droit d'usufruit sur un autre usufruit; il y a alors un usufruit greffé sur un autre; chacun d'eux est soumis aux causes d'extinction qui lui sont propres.

L'usufruit peut être constitué sur une universalité de biens, comme sur des biens particuliers.

SECTION 2^e. — Des droits de l'usufruitier.

Sommaire.

§ 1^{er}. — Principes généraux.

I. — Du droit de jouissance.

II. — Du droit d'administration.

III. — Du droit de cession.

§ 2^d. — Règles spéciales à l'usufruit :

I. — Sur des choses fongibles.

II. — Sur des choses se détériorant par l'usage.

III. — Sur des animaux.

IV. — Sur des bois, etc.

V. — Sur des mines, minières, etc.

VI. — Sur des créances.

VII. — Sur des actions de sociétés.

VIII. — Sur des rentes viagères et autres droits temporaires.

IX. — Sur un fonds de commerce ou un établissement industriel.

§ 1^{er}. — PRINCIPES GÉNÉRAUX.

I. — *Du droit de jouissance de l'usufruitier.*

A. — *De la règle de l'art. 582.*

822. Cette règle est mal formulée à un double point de vue. D'abord elle semble n'attribuer à l'usufruitier que le *jus fruendi*, tandis qu'il possède aussi, on l'a déjà vu, le *jus utendi*, c'est-à-dire le droit de retirer de la chose tous les services qu'elle peut rendre. Ensuite il n'est pas rigoureusement exact de dire que le droit de l'usufruitier est de *jouir des fruits*; prise à la lettre, cette expression signifierait que

l'usufruitier n'a sur les fruits qu'un simple droit de jouissance et qu'il devrait les capitaliser pour les restituer au nu propriétaire à la fin de l'usufruit. La vérité est que le droit de l'usufruitier consiste à jouir, non pas des fruits de la chose, mais de la chose elle-même, et que ce droit a pour conséquence de lui faire acquérir la propriété de tous les fruits que la chose produit. Le vrai principe est que l'usufruitier a droit à toute espèce de fruits, soit naturels, soit civils, que peut produire la chose dont il a l'usufruit. Art. 583 et 584.

Mais si l'usufruitier a droit à tous les produits périodiques de la chose, d'après sa destination, il ne peut élever aucune prétention sur les produits extraordinaires de cette chose. Ainsi les matériaux provenant de la démolition d'un bâtiment ne lui appartiennent point. Il en est de même des coupes d'une futaie qui n'était pas aménagée lors de l'ouverture de l'usufruit.

B. — *De la manière dont l'usufruitier acquiert les fruits.*

Art. 585 et 586.

823. L'usufruitier n'acquiert pas tous les fruits de la même manière. Il faut distinguer entre les fruits naturels ou industriels et les fruits civils.

824. L'usufruitier acquiert les fruits naturels ou industriels par le fait seul de leur séparation d'avec la chose frugifère. Cette règle résulte de la combinaison des deux alinéas de l'art. 585. Avant leur séparation, ces fruits n'ont pas encore d'individualité distincte; même parvenus à maturité, ils continuent à faire partie intégrante de la chose. Aussi la formule du 1^{er} alinéa de l'article doit-elle être complétée par ces mots : *dès leur séparation*, comme le commencement du 2^d alinéa le montre clairement. Mais si le fait de la séparation est absolument nécessaire, il est toujours suffisant. L'acquisition s'opère *ipso facto*, sans qu'il soit besoin d'une prise de possession comme en droit romain. On ne doit jamais considérer par qui ni comment la séparation

a été effectuée. La formule ordinaire de notre règle est que l'usufruitier acquiert les fruits naturels ou industriels par la perception. Cette formule n'est vraie que si on l'entend autrement qu'en droit romain. Il y a perception en droit moderne dès que les fruits sont séparés de la chose frugifère.

Cette règle sur l'acquisition des fruits naturels vient aggraver le caractère aléatoire que l'usufruit tient déjà de sa nature viagère. Il peut arriver qu'un usufruitier profite de deux récoltes pour une année et quelques jours d'usufruit, comme il peut se faire qu'il n'en acquière aucune sur près d'une année d'exploitation. Des résultats bien plus choquants peuvent se présenter lorsqu'il s'agit d'un fonds dont les fruits ne viennent à maturité qu'au bout de dix ou quinze années, comme les bois taillis.

Ce n'est pas tout : l'art. 585 augmente encore les chances réciproques que courent le nu propriétaire et l'usufruitier, en décidant que l'usufruitier qui profite d'une récolte préparée par le nu propriétaire ne lui doit aucune indemnité à raison de ses travaux et de ses dépenses, et que le nu propriétaire qui perçoit une récolte due aux soins de l'usufruitier n'est pas tenu de l'indemniser. C'est là une dérogation au principe d'équité de l'art. 548. Elle a pour but d'éviter les comptes détaillés et les évaluations difficiles qu'il aurait fallu faire au commencement et à la fin de l'usufruit, et de prévenir ainsi des causes fécondes de contestations.

L'iniquité des dispositions de l'art. 585 n'est qu'apparente, parce que le nu propriétaire et l'usufruitier se trouvent placés dans des conditions aléatoires identiques; si telle éventualité peut se présenter, l'éventualité contraire peut aussi se réaliser. Leurs chances respectives de gain ou de perte sont tout à fait égales.

825. L'usufruitier acquiert les fruits civils jour par jour proportionnellement à la durée de son usufruit, ce qui veut dire qu'on doit diviser les fruits civils s'appliquant à une année d'usufruit en 365 parties, et que chaque jour qui s'écoule fait acquérir à l'usufruitier $\frac{1}{365^{me}}$ des fruits civils de l'année; chaque jour lui procure des fruits propres et séparés.

Le droit de l'usufruitier aux fruits civils est absolument indépendant de l'échéance de ces fruits par mois, trimestre ou année, par rapport à ceux qui doivent les prester. La quotité que les débiteurs de ces fruits viennent verser entre ses mains est indifférente. Au jour de la cessation de l'usufruit, son compte avec le nu propriétaire doit toujours se régler de telle sorte qu'il ait en définitive une quotité exactement proportionnée à la durée de son droit pendant l'existence du contrat qui a engendré ces fruits civils.

L'art. 586 prend soin de dire que le principe de l'acquisition jour par jour s'applique aux fermages des terres comme aux autres fruits civils. Il marque par là l'abandon de l'ancienne exception suivant laquelle les fermages étaient régis par le même principe que les fruits naturels, c'est-à-dire que l'usufruitier n'y avait droit qu'au fur et à mesure que le fermier percevait les fruits naturels du fonds. Cette exception tenait à ce qu'on les regardait comme la représentation des fruits naturels perçus par le fermier. Aujourd'hui, il n'y a pas davantage à tenir compte de l'époque où le fermier fait la récolte, que du jour où il paie le prix de son bail.

Des difficultés peuvent s'élever sur l'acquisition des loyers ou fermages, lorsque le bail de la chose usufruituaire n'a pris cours que depuis l'ouverture de l'usufruit. Deux cas doivent être examinés, dans la supposition d'un usufruit ouvert le 1^{er} janvier :

1^o L'usufruitier a d'abord exploité lui-même et perçu la récolte. Le 1^{er} octobre, il a donné le fonds en location et le bail a pris cours immédiatement. L'usufruitier est venu à mourir le 31 décembre. Ses héritiers pourront réclamer le 1^{er} trimestre du fermage. Le fonds a produit des fruits naturels et puis des fruits civils durant la même année. L'usufruitier a acquis les fruits civils en proportion de la durée de son droit pendant l'existence du bail.

2^o L'usufruitier a donné le fonds en location le 1^{er} mars, et le bail a pris cours dès ce jour là. Il est mort le 1^{er} septembre. Ses héritiers auront simplement le droit de réclamer

six mois du fermage, et non pas huit; leur auteur n'a pu acquérir de fruits civils que du jour où l'exécution du bail a commencé. Il n'existait pas de fruits civils pendant les deux premiers mois de son usufruit.

826. L'art. 586 n'apporte aucune restriction au principe qu'il établit sur le mode d'acquisition des fruits civils; il ne distingue pas entre les fruits réguliers, c'est-à-dire ceux qui se répartissent également et régulièrement sur chacun des jours de l'année, et les fruits irréguliers, c'est-à-dire ceux qui haussent ou qui baissent suivant les saisons: comme les droits de péage d'un pont fréquenté pendant l'été et délaissé pendant l'hiver, ou qui n'existent même que pendant une partie de l'année: comme les bénéfices d'une usine qui ne peut fonctionner que deux ou trois mois par an. Il faut donc toujours appliquer le principe de l'acquisition proportionnelle aux fruits civils, quels qu'ils soient. Les fruits irréguliers se répartiront par trois cent-soixante-quinzièmes entre l'usufruitier et le nu propriétaire, eu égard au nombre des jours de l'année pendant lesquels l'usufruit aura duré.

II. — *Du droit d'administration.*

Art. 595.

827. Le droit de jouir implique celui d'administrer, car les actes d'administration concourent tous plus ou moins à l'exercice du droit de jouissance. L'usufruitier appelé à jouir comme le propriétaire, est par cela même autorisé à faire, pour la durée de son usufruit, tous les actes d'administration que ce dernier pourrait accomplir sans cesser de jouir en bon père de famille. Il faut néanmoins observer que l'usufruitier ne peut jamais changer la forme de la chose soumise à son droit, ni l'employer à un usage autre que celui auquel elle était affectée. Cette restriction résulte de ce qu'il conserve la substance de la chose usufruituaire. C'est ainsi qu'il ne peut changer un jardin d'agrément en terre labourable, une maison de maître en hôtellerie, défricher un bois, etc. (suprà, n° 815).

En principe, l'usufruitier administre uniquement pour son compte, et ne représente pas le nu propriétaire. Il suit de là que tous les actes par lui passés doivent forcément cesser de produire leurs effets au moment même où l'usufruit prend fin.

828. Les baux sont des actes d'administration. En principe donc, l'usufruitier a le droit de donner à bail les biens usufruituaires. Sans cette faculté d'ailleurs, l'usufruit pourrait être pour lui un droit illusoire, car il arrive souvent que l'usufruitier est dans l'impossibilité de jouir par lui-même. Bien que l'art. 595 parle seulement du bail des fonds de terre, il faut décider que l'usufruitier peut également louer les maisons.

On ne doit cependant pas affirmer le droit de location de l'usufruitier d'une manière absolue. Ce droit n'existe qu'à l'égard des choses qu'il est dans l'usage de louer : *res quæ locari solent*.

D'ordinaire, les meubles ne sont pas destinés à être loués. La location les expose à de plus grands dangers de détérioration, voire de destruction. La location par l'usufruitier constituerait donc un abus de jouissance. Toutefois, il y a des meubles dont la destination même est d'être loués : cette destination résulte soit de leur nature propre, comme des costumes de théâtre, soit de la volonté du propriétaire qui a constitué l'usufruit, comme les livres d'un cabinet de lecture.

829. D'après les principes généraux du droit, les baux consentis par l'usufruitier seraient sans effet à l'égard du propriétaire, à la fin de l'usufruit. C'est que le contrat de bail n'engendre, pour le preneur, qu'un simple droit de créance vis-à-vis de l'usufruitier et de ses successeurs universels. Le propriétaire pourrait donc expulser le preneur, en faisant valoir que le bail lui est étranger : *res inter alios acta*. Si l'on argumentait de l'art. 1743 pour considérer le droit du preneur comme un droit réel, le propriétaire pourrait répondre que le bail passé par l'usufruitier doit prendre fin en même temps que son usufruit, en vertu du

principe que nul ne peut conférer à un autre des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même : *nemo plus juris* etc.

Le Code a dérogé aux principes par son art. 595. Il permet, dans certaines limites, à l'usufruitier de consentir des baux qui seront obligatoires pour le propriétaire après la cessation de l'usufruit. Le but de cette dérogation est de faciliter à l'usufruitier la conclusion des baux à des conditions avantageuses, les amateurs diminuant le prix qu'ils offrent de la location lorsqu'ils ne sont pas assurés de conserver la jouissance pour toute la durée du bail.

De la combinaison des art. 595, 1429 et 1430, il résulte que :

1° Tout bail de 9 ans fait par l'usufruitier est opposable au propriétaire, pour le temps qui reste encore à courir au jour de la cessation de l'usufruit.

2° Tout bail de plus de 9 ans, consenti par l'usufruitier, est divisé en périodes de 9 ans et n'est opposable au propriétaire que pour la période en cours au moment de l'extinction de l'usufruit. L'usufruitier est toujours lié par les baux qu'il a faits, quelle qu'en soit la durée. P. 1881, II, 18.

3° Tout renouvellement de bail qui ne prend cours qu'après la cessation de l'usufruit n'est opposable au propriétaire que si le renouvellement a été fait dans les trois dernières années du bail s'il s'agit d'une ferme, et dans les deux dernières s'il s'agit d'une maison.

Le Code ne dit rien des conditions auxquelles l'usufruitier peut consentir des baux qui obligent le propriétaire. On s'est demandé si les paiements anticipés faits par le preneur à l'usufruitier, en vertu d'une clause du bail, sont opposables au propriétaire ? L'affirmative est certaine, car ils ont eu lieu en exécution d'une clause valablement stipulée. Aucune loi, en effet, ne défend à l'usufruitier d'insérer dans les baux, des clauses prescrivant l'anticipation des paiements. Ces clauses sont même d'usage dans les baux importants. Mais il y a une réserve à faire : si, par suite d'un paiement anticipé, l'usufruitier a touché des loyers ou fermages pour un temps postérieur à la cessation de son usufruit, il en doit compte au

nu propriétaire, puisqu'il n'a droit aux fruits qu'en proportion de la durée de sa jouissance. Art. 586.

Quid si l'usufruitier a loué à trop bas prix, mais sans aucune intention de fraude? Le bail reste opposable au propriétaire, mais celui-ci a une action en dommages-intérêts contre l'usufruitier, pour mauvaise gestion. Art. 601. P. 1883, II, 16.

830. Un usufruitier a vendu une récolte, ou des bois sur pied et l'usufruit vient à s'éteindre avant que la récolte ou les bois aient été séparés du sol. On demande si l'acheteur pourra opposer son droit au propriétaire? Aucun texte ne prévoit cette question; il faut donc recourir aux principes généraux; ceux-ci commandent la solution négative. En effet, l'acheteur n'a aucun droit réel, et quant au droit de créance qui lui compète, il ne peut l'invoquer contre le propriétaire. Il n'a pas de droit réel, puisque la vente qui lui a été faite a eu pour objet des choses futures et que l'usufruit de son vendeur vient à s'éteindre avant toute séparation de la récolte ou des bois. Quant au droit de créance qui lui appartient, il n'est pas opposable au propriétaire, parce que l'usufruitier n'avait point qualité pour représenter celui-ci.

La solution contraire triomphe cependant en jurisprudence. On dit que la vente de fruits sur pied est un acte d'administration et que l'usufruitier a qualité pour faire tous les actes d'administration au nom du propriétaire. La réponse est qu'en principe l'usufruitier n'a le pouvoir d'administrer les biens usufruituaires que pour son propre compte, et non pour celui du propriétaire, qu'il ne représente pas; il n'a le droit d'administration que pour la durée de son usufruit. C'est tout à fait par exception qu'il a qualité à l'effet de passer des baux qui seront obligatoires pour le propriétaire après l'extinction de l'usufruit. La disposition de l'art. 595 étant exceptionnelle, on ne peut l'étendre sous prétexte d'analogie. Cette disposition est d'ailleurs fondée sur un motif particulier, qui n'existe pas à l'égard de la vente de fruits sur pied. D. 1882, I, 265.

III. — *Du droit de cession.*

Art. 595.

831. L'art. 595 dispose que l'usufruitier peut céder son droit à titre onéreux ou gratuit. Par voie de conséquence, l'art. 45 de la loi hypothécaire décide qu'il peut également l'hypothéquer lorsqu'il est immobilier. Il faut aussi admettre que ses créanciers peuvent le saisir pour le faire vendre à leur requête.

Tous les auteurs reconnaissent qu'en cas de cession l'usufruit n'entre dans le patrimoine de l'acquéreur que tel qu'il existait dans celui de l'aliénateur, c'est-à-dire toujours limité à la durée de l'existence du cédant et devant s'éteindre lors de son décès. Autrement, disent-ils, il n'y aurait pas cession de l'usufruit, mais création d'un usufruit nouveau. Art. 617, 1°.

D'après quelques auteurs, le ci-devant usufruitier qui a cédé son droit ne répond pas, vis-à-vis du nu propriétaire à qui, personnellement, il ne devait rien, de la mauvaise gestion du cessionnaire. L'opinion générale est qu'il demeure tenu envers le nu propriétaire de toutes les obligations résultant de l'usufruit, et que dès lors il répond de la mauvaise gestion du cessionnaire, sauf son recours contre celui-ci. Cette solution est certes en harmonie avec la précédente et aussi avec les dispositions des art. 601 et suiv. D'ailleurs, il ne faut pas exagérer la portée de l'art. 595; ce texte n'a pas eu pour but de rompre avec toute la tradition juridique; il a voulu simplement dire que l'usufruitier peut jouir *par lui-même ou par autrui* soit un preneur à bail, soit un cessionnaire qui exerce l'usufruit *nomine ejus*, comme on disait autrefois. Loi 38, D. 7, 1. En définitive, la doctrine romaine est encore vraie aujourd'hui : ce n'est vraiment pas son droit lui-même que l'usufruitier peut aliéner, c'est seulement l'exercice de son droit, c'est-à-dire l'émolument de son usufruit.

832. L'usufruitier n'a pas toujours le droit de céder son usufruit. Le nu propriétaire peut s'opposer à la cession, lorsqu'elle porte sur des meubles dont la location par l'usufruitier constituerait un abus de jouissance.

833. Il faut se garder de confondre la cession de l'usufruit avec la constitution d'un sous-usufruit. En cas de cession de l'usufruit, le cessionnaire acquiert pleinement l'exercice du droit du cédant; rien n'est changé au droit cédé; si le cessionnaire meurt avant l'extinction de l'usufruit, son droit passe à ses héritiers. Dans le second cas, au contraire, le sous-usufruitier obtient un usufruit distinct, qui se greffe sur l'usufruit primitif; chacun d'eux se trouve soumis aux causes ordinaires d'extinction de ce droit; notamment le second usufruit prend fin par la mort du second usufruitier, et alors l'usufruitier primitif recouvre l'exercice de son droit à lui, son usufruit se trouvant affranchi de la charge dont il était grevé.

§ 2°. — RÈGLES SPÉCIALES A L'USUFRUIT DE CERTAINS BIENS.

I. — *De l'usufruit des choses fongibles.*

Art. 587.

834. D'ordinaire, pour que l'usufruitier de choses consommables puisse retirer quelque avantage de son droit, il faut que son obligation de conserver la substance de la chose usufruituaire soit transformée en la simple obligation de restituer, à la fin de l'usufruit, l'équivalent de ce qu'il a reçu. Telle est la disposition de l'art. 587. Ainsi donc, de droit commun, à la différence de l'usufruitier ordinaire, l'usufruitier de choses consommables devient propriétaire de ces choses sous l'obligation d'en restituer de semblables, en même quantité et qualité. On désigne alors l'usufruit sous le nom de *quasi-usufruit*.

En quoi consiste l'équivalent que l'usufruitier doit rendre à l'expiration de son droit? Les termes de l'article semblent indiquer pour l'usufruitier, une obligation alternative de rendre à son choix soit pareille quantité, qualité et valeur, soit le montant de l'estimation qui aurait été faite au commencement du quasi-usufruit. L'opinion générale est que l'article n'accorde aucune option à l'usufruitier, mais prévoit deux hypothèses différentes : 1° celle où les objets

soumis au quasi-usufruit ont été livrés *avec estimation*; 2° celle où ces objets lui ont été livrés *sans estimation*. Dans le premier cas, l'usufruitier doit rendre le prix d'estimation; dans le second, il doit restituer des choses semblables à celles qu'il a reçues, en même quantité et qualité. Cette interprétation se fonde sur la tradition juridique. Elle est d'ailleurs parfaitement conforme à l'intention des parties. En livrant les choses usufruituaires sur estimation à l'usufruitier, le propriétaire veut s'assurer la restitution de la valeur qu'elles ont à ce moment; il entend se mettre à l'abri d'une mauvaise chance, celle de la diminution de valeur. On ne peut pas donner une autre signification à cette estimation, puisque les biens grevés du droit ne sont jamais restituables *in specie* dans le quasi-usufruit. D'autre part, quand les objets soumis au quasi-usufruit ont été livrés à l'usufruitier sans estimation, celui-ci ne peut avoir d'autre obligation que d'en rendre pareille quantité et qualité. Il ne saurait y avoir là aucune alternative; l'usufruitier doit payer ce qu'il doit, et il ne doit vraiment que la restitution *in genere* des choses qu'il a reçues.

Quand l'usufruitier doit rendre des choses pareilles à celles qu'il a reçues, suffit-il qu'elles soient de même quantité et qualité, ou faut-il en outre qu'elles soient de même valeur? Cela est évidemment impossible; si l'usufruitier devait restituer des choses de même valeur, il ne serait plus question pour lui de restituer des choses de même quantité et qualité. Le mot valeur n'a été écrit dans le texte que par inadvertance.

Le quasi-usufruit présente une grande analogie avec le prêt de consommation. Le quasi-usufruitier et l'emprunteur sont tous deux débiteurs de quantités. Ce qui les distingue principalement, c'est que dans le quasi-usufruit l'obligation de restituer arrive toujours à échéance au décès du quasi-usufruitier, tandis que dans le prêt de consommation l'obligation de restituer de l'emprunteur ne doit être accomplie qu'au jour fixé par le contrat, sans qu'il y ait à considérer l'époque de son décès.

835. Il ne faut point perdre de vue que, en général, le titre constitutif de l'usufruit peut déroger aux principes posés par le Code. Ainsi, rien n'empêche les contractants, ou le disposant, de constituer un usufruit proprement dit sur des choses consommables, en stipulant que l'usufruitier sera tenu de les restituer *in specie* à la fin de l'usufruit. Réciproquement, on peut constituer un pur quasi-usufruit sur des choses non consommables, en autorisant l'usufruitier à en disposer comme il voudra sous la charge d'en faire la restitution par des objets semblables, de même quantité et qualité.

Au lieu de dire que le quasi-usufruit est celui qui porte sur des choses consommables, on en donnerait donc une idée plus exacte en disant que c'est celui qui est établi sur des choses *fongibles*, sauf à remarquer que l'usufruit établi sur des choses consommables est un quasi-usufruit de sa nature, sauf intention contraire des parties (suprà, n° 767).

II. — *De l'usufruit des choses qui se détériorent peu à peu par l'usage.*

Art. 589.

836. L'usufruit établi sur de pareils objets est un véritable usufruit, à moins d'une volonté contraire clairement manifestée.

L'usufruit sur des meubles non frugifères ne consiste que dans l'usage qu'on en peut faire. Lorsque ces choses, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, etc., l'usufruitier a néanmoins le droit de s'en servir suivant leur destination. A la fin de sa jouissance, il doit les restituer dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par sa faute, c'est-à-dire que si ces choses ont été détériorées par l'effet du temps et de l'usage normal auquel elles ont été employées, il n'en est pas responsable. Ces détériorations ne sont que la conséquence naturelle de l'exercice régulier de son droit de jouissance. Les choses se seraient également usées dans les mains du propriétaire, si l'usufruit n'avait pas existé.

III. — *De l'usufruit des animaux.*

Art. 615 et 616.

837. Renvoi aux textes du Code.

IV. — *De l'usufruit des bois et des arbres.*

Art. 590 à 594.

838. Les *bois taillis* arrivés à maturité ont toujours le caractère de fruits. Il est, en effet, de la nature d'un bois taillis d'être taillé après un certain nombre d'années et de se reproduire constamment. Les coupes appartiennent donc toujours à l'usufruitier, sans qu'il y ait à distinguer si le taillis était ou non aménagé lors de l'ouverture de l'usufruit.

On entend par aménagement, la division d'un bois en un certain nombre de coupes et l'ordre dans lequel ces coupes doivent être faites. Lorsque l'aménagement se trouve déjà établi, l'usufruitier doit le respecter. S'il n'existe encore aucun aménagement, par exemple parce qu'il s'agit d'un bois nouvellement planté, l'usufruitier doit se conformer à l'usage des propriétaires voisins qui possèdent des bois de même nature.

L'usufruitier, dit l'art. 592, n'a droit à aucune indemnité pour les coupes qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. C'est une application pure et simple du principe de l'art. 585 sur l'acquisition des fruits naturels.

839. A la différence des taillis, les *bois de haute futaie* n'ont pas ordinairement le caractère de fruits. Ils constituent une sorte de capital mis en réserve pour l'avenir. L'usufruitier ne peut donc pas les exploiter. Les seuls droits qui lui appartiennent sont déterminés par les art. 592 et 593.

Exceptionnellement, les arbres de haute futaie doivent être considérés comme des fruits, quand le propriétaire les a mis en coupes réglées. Ils ont alors le caractère de fruits parce que le propriétaire en a fait l'objet d'une perception régulière et périodique et les a ainsi destinés à faire face à des dépenses ordinaires. Les futaies mises en coupes réglées sont soumises aux mêmes règles que les taillis. Art. 591.

840. A quels bois faut-il assimiler les *sapinières*, aux bois taillis ou aux bois de haute futaie? Les *sapinières* ne sont jamais aménagées; on les coupe tous les trente ans, puis on fait un nouveau semis. Il faut les considérer comme des fruits, parce que le propriétaire a entendu se créer un revenu régulier par une telle exploitation de son fonds. Ce qui était un revenu pour le propriétaire, l'est aussi pour l'usufruitier. On doit se rappeler, en effet, que d'après la définition même de l'usufruit, l'usufruitier a toujours le droit de jouir comme le propriétaire. P. 1861, II, 326.

841. L'usufruitier a droit aux *arbres fruitiers* qui meurent ou qui sont arrachés ou brisés par accident, à la charge de les remplacer par d'autres. Art. 594. Il n'en est pas de même pour les arbres de haute futaie non aménagés. Art. 592. La loi a craint que l'usufruitier ne fit mourir ces arbres, qui ont plus de valeur que les arbres fruitiers, pour se les approprier.

842. Les *arbres des pépinières* constituent des fruits, parce qu'ils sont destinés à être enlevés périodiquement pour être plantés ailleurs, sauf à être remplacés par des semis ou par des plants nouveaux. De là, la disposition de l'art. 590, al. 2.

V. — *De l'usufruit des mines, minières, carrières et tourbières.*

Art. 598.

843. En ce qui concerne les minières, carrières et tourbières, l'application pure et simple de l'art. 598 ne peut jamais présenter de difficulté, parce que la mine, carrière ou tourbière ne forme pas un immeuble distinct du fonds qui la renferme. L'exploitation de la mine, etc., n'est qu'un mode particulier de l'exploitation de ce fonds.

Pour déterminer les droits de l'usufruitier sur les minières, etc., qui se trouvent dans le fonds soumis à l'usufruit, l'art. 598 distingue suivant que l'exploitation était ou n'était pas encore commencée au moment où l'usufruit s'est ouvert. Il permet à l'usufruitier de continuer l'exploitation commencée, mais il ne lui permet pas de la commencer.

Cette distinction est conforme à celle de l'art. 591 pour les bois de haute futaie, et elle repose aussi sur ce principe que l'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire jouissait lui-même. Il y a donc, en définitive, deux catégories de fruits : les uns qui sont tels par leur nature, comme les produits du sol, des arbres, des animaux, etc., les autres qui ne sont tels que par la volonté du propriétaire qui les faisait entrer dans ses revenus et les employait à la satisfaction de ses besoins.

Le nu propriétaire pourrait-il, après le commencement de l'usufruit, ouvrir l'exploitation d'une mine, carrière ou tourbière sur le fonds grevé de cet usufruit? La solution négative se trouve implicitement contenue dans l'art. 599, al. 1^{er}.

Il peut arriver qu'un usufruit soit établi directement sur une mine, carrière ou tourbière. Cette hypothèse n'est pas prévue par l'art. 598; ce texte ne concerne que l'usufruit sur un fonds renfermant une mine, etc. Il faut décider qu'en pareil cas, l'usufruitier peut toujours prétendre au droit d'exploitation, sans qu'on doive rechercher si la mine, carrière ou tourbière était déjà ouverte avant la constitution de l'usufruit. Le propriétaire qui établit directement un usufruit sur une mine, carrière ou tourbière non encore ouverte, manifeste clairement la volonté de conférer à l'usufruitier le droit d'en commencer l'exploitation; sinon, la constitution du droit d'usufruit, serait absolument illusoire.

844. La loi du 28 juillet 1791, qui régissait les mines au temps de la confection du Code, permettait au propriétaire du fonds de les exploiter librement à cent pieds de profondeur. La disposition de notre art. 598 s'harmonisait parfaitement avec ce système; lorsqu'un fonds renfermant une mine se trouvait grevé d'un droit d'usufruit, l'usufruitier pouvait, ou ne pouvait pas, exploiter la mine, suivant que le propriétaire en avait ou non commencé l'exploitation. Toute la question était donc de rechercher si le propriétaire avait ou non destiné son fonds à donner des produits miniers.

La loi du 21 avril 1810 a soumis les mines à un régime

nouveau : toute mine doit être l'objet d'une concession du gouvernement; si la mine n'est pas concédée, il est défendu au propriétaire du sol de l'exploiter, même à moins de cent pieds de profondeur; si la mine est concédée, elle cesse d'être un accessoire du fonds et devient un immeuble absolument distinct du sol lui-même. Aujourd'hui, l'usufruit qui porte sur un fonds ne peut donc plus s'étendre sur la mine qui s'y trouve renfermée, puisque juridiquement ce fonds et cette mine constituent deux propriétés séparées et indépendantes l'une de l'autre. Sans doute, si le propriétaire du sol est en même temps concessionnaire de la mine, il pourra conférer simultanément l'usufruit de ses deux propriétés; mais jamais la constitution du droit d'usufruit sur le fonds seul n'entraînera le droit d'usufruit sur la mine.

La distinction de l'art. 598 ne se conçoit plus qu'à l'égard de la redevance annuelle due par le concessionnaire de la mine, en vertu de la loi de 1810. Cette redevance tient lieu, pour le propriétaire de la surface, des produits mêmes de la mine. La mine était-elle déjà concédée au moment de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier percevra la redevance annuelle pendant la durée de l'usufruit. La concession n'a-t-elle eu lieu que postérieurement à la constitution de l'usufruit, l'usufruitier ne profitera point de la redevance due par le concessionnaire.

VI. — *De l'usufruit sur des créances.*

845. L'usufruit d'une créance quelconque donne le droit d'en obtenir les intérêts ou les arrérages. Art. 584.

En principe, l'usufruitier universel ou à titre universel n'a pas le droit d'exiger et de recevoir le remboursement des créances comprises dans son usufruit. C'est que, par l'effet du remboursement, ces objets de l'usufruit se trouveraient transformés en des sommes d'argent; la substance de certaines choses usufruituaires serait donc changée, nonobstant la disposition formelle de l'art. 578. P. 1889, I, 277. Il faut aussi admettre que l'usufruitier ne peut ni les céder ni en faire novation et que ses créanciers personnels ne peuvent les saisir. P. 1887, II, 134.

Toutefois, l'usufruitier universel ou à titre universel a le droit de recevoir le remboursement des créances comprises dans son usufruit, lorsqu'elles sont arrivées à leur échéance. Cette exception résulte du pouvoir d'administrer qu'entraîne le droit d'usufruit. D'ailleurs la transformation de l'usufruit en quasi-usufruit sur le capital remboursé est alors indépendante du fait de l'usufruitier; elle résulte uniquement du fait du débiteur de la créance. En pareil cas, l'usufruitier a le droit d'exercer sa jouissance sur les deniers remboursés comme sur les créances encore existantes. La généralité de son titre l'appelle, en effet, à jouir de tous les éléments du patrimoine de son auteur. Ce n'est pas seulement un droit, c'est aussi une obligation pour l'usufruitier de poursuivre le remboursement des créances exigibles, quand il y a danger que les débiteurs tombent en état d'insolvabilité. Il serait responsable envers le nu propriétaire, si une créance devenait irrécouvrable faute de poursuites exercées en temps utile.

En vertu de son droit d'administration, l'usufruitier peut poursuivre et recevoir seul le remboursement des créances exigibles; il n'a pas besoin du concours du nu propriétaire. Ce dernier ne serait donc pas admis à contester la validité des paiements faits par les débiteurs entre les mains de l'usufruitier, lors même que celui-ci serait devenu insolvable. Le nu propriétaire ne peut se garantir contre les dangers que peut lui faire courir la transformation de l'usufruit des créances en quasi-usufruit, que par le moyen ordinaire de l'art. 600 : la faculté d'exiger une caution de l'usufruitier.

Le nu propriétaire ne peut pas recevoir le remboursement des créances grevées de l'usufruit; les débiteurs qui payeraient entre ses mains ne seraient pas valablement libérés envers l'usufruitier.

846. On s'est demandé si l'usufruitier à titre particulier d'une créance a le droit d'en exiger et d'en recevoir le capital pour le placer de nouveau, lorsque l'époque de l'échéance arrive au cours de l'usufruit. La raison de douter est que l'extinction de la créance par le paiement semble

devoir entraîner l'extinction de l'usufruit, l'art. 617 disposant que l'usufruit s'éteint par la perte de la chose sur laquelle il est établi. La raison de décider est que le constituant de l'usufruit a entendu conférer à l'usufruitier le droit de jouir du capital de la créance, comme il en aurait joui lui-même. Or, comment un capitaliste jouit-il du capital qu'il a placé ? Il en jouit par la perception des intérêts, et, quand vient le moment de l'exigibilité, il le touche pour le placer de nouveau. L'usufruitier a donc le droit d'agir de même. Et non seulement il a le droit de toucher le capital de la créance, mais c'est pour lui un devoir de l'exiger, puisqu'il a l'administration de cette créance.

La solution contraire ne devrait être admise que dans l'hypothèse où il serait établi que le constituant a entendu limiter le droit de l'usufruitier à la durée de l'existence même de la créance.

847. Il existe des obligations dites à prime ou à lots. Quel est le droit de l'usufruitier d'une semblable obligation sur la prime de remboursement ou sur le lot échu par le tirage au sort ? On a prétendu que la prime ou le lot appartient à l'usufruitier, parce qu'il a payé la chance de le gagner, en subissant certaines retenues sur l'intérêt normal du capital de l'obligation. Cette opinion ne peut être admise. On sait, en effet, que l'usufruitier doit prendre les choses usufruituaires dans l'état où elles se trouvent au jour de l'ouverture de son droit. Art. 600. Il ne peut donc se plaindre de ce que la créance dont il avait l'usufruit produisait un intérêt trop minime. Il n'a jamais été libre de subir ou non les retenues qui ont été opérées sur l'intérêt normal de l'obligation ; c'est le propriétaire qui, dès avant l'ouverture de l'usufruit, avait ainsi constitué la créance qu'elle ne produisait qu'un faible intérêt, mais était éventuellement remboursable par une somme bien supérieure au capital originaire. La vérité est donc que la prime ou le lot forme simplement un surcroît du capital de l'obligation, et qu'à ce titre il doit appartenir au titulaire de cette obligation. Il convient toutefois de décider, en vertu du principe dont l'art. 596 n'est qu'une appli-

cation, que l'usufruitier doit avoir la jouissance de la prime ou du lot, comme il avait celle de la créance qui se trouve remboursée, lorsque, bien entendu, le paiement de la prime ou du lot ne doit pas avoir précisément pour conséquence d'éteindre son usufruit. B. J. 1888, p. 578.

VII. — *De l'usufruit sur des actions de sociétés.*

848. Les dividendes sont les fruits civils des actions de sociétés. P. 1876, III, 54.

L'usufruitier n'a aucun droit sur la portion des bénéfices annuels qui est retenue, aux termes des statuts de la société, pour former un fonds de réserve destiné à subsister autant que la société elle-même et à être réparti entre les associés en même temps que tout l'actif social, après la liquidation. Cette portion des bénéfices forme, en effet, un accroissement nécessaire du capital de la société. P. 1885, II, 405; D. 1886, II, 276.

VIII. — *De l'usufruit sur des rentes viagères et autres droits temporaires.*

Art. 588.

849. Chaque arrérage d'une rente viagère représente non seulement l'intérêt du capital de la rente, mais encore une portion de ce capital. Il semble donc que l'usufruitier ne devrait obtenir qu'une partie de l'arrérage, c'est-à-dire la partie correspondant à l'intérêt du capital, et qu'il devrait être tenu de restituer le surplus. Tel n'est pas le système de l'art. 588 : il considère la rente viagère comme une chose incorporelle, produisant de purs fruits civils, qui sont les arrérages, et, par application de l'art. 586, il attribue ces fruits à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Ce sera seulement la chose frugifère, le droit même de rente, que l'usufruitier devra restituer, s'il existe encore lors de la cessation de son usufruit.

Ce système a été admis pour deux raisons. D'abord afin d'éviter des évaluations et des comptes compliqués, entre l'usufruitier et le nu propriétaire, à la fin de l'usufruit;

comment faudrait-il fixer le capital de la rente viagère, lorsque la rente n'aurait pas été constituée à prix d'argent ? Ensuite, parce que l'usufruitier a toujours le droit de jouir comme le propriétaire jouissait lui-même à l'époque de l'ouverture de l'usufruit. Or, si de la part du débi-rentier, le service d'une rente viagère comprend en réalité un mélange de capital et d'intérêts, il n'en est pas de même du côté du crédi-rentier; celui-ci ne reçoit les arrérages qu'à titre de simples revenus; ç'a été précisément pour augmenter la somme de ses revenus annuels, qu'il a effectué un placement à fonds ou à capital *perdu*. C'est le même principe qui a commandé la disposition de l'art. 598, al. 1^{er}.

850. La solution donnée par l'art. 588 doit être appliquée par analogie dans tous les cas où un droit *temporaire* est l'objet de l'usufruit, par ex. : une concession, par voie de péages, d'un pont ou d'un chemin de fer, un droit de propriété littéraire ou artistique. Elle doit être adoptée même pour le cas où un usufruit est établi sur un autre usufruit; l'objet direct du droit constitué au profit du second usufruitier est le droit même d'usufruit existant déjà, et non pas seulement les fruits qu'il permet de percevoir. Arg. de l'art. 1568.

IX. — *De l'usufruit d'un fonds de commerce ou d'un établissement industriel.*

851. Le Code ne prévoit pas cette hypothèse. Le fonds de commerce ou l'établissement industriel doit être considéré comme une *universitas rerum* dont les éléments constitutifs sont l'achalandage ou la clientèle, les marchandises ou matières premières existant en magasin, et enfin les instruments et machines nécessaires à l'exploitation. D. 1892, II, 220.

L'usufruitier a le droit de continuer l'exploitation du fonds ou de l'établissement, ou bien de la faire continuer sous sa responsabilité, puisque c'est la seule manière de jouir de la chose usufruituaire. De plus, il en a le devoir, puisqu'il doit conserver la substance de la chose, et il l'altérerait, s'il laissait périr la clientèle faute d'exploitation. Il vendra donc les

marchandises ou il manufacturera les matières premières, car telle est leur destination, mais à la charge de les remplacer par d'autres; il pourra se servir des outils et des machines, mais à la charge de les entretenir en bon état.

Ce qu'il doit restituer à la fin de son usufruit, c'est le fonds ou l'établissement lui-même, et dans un état équivalent à celui où il se trouvait quand il l'a reçu. Il sera donc tenu à une indemnité si, faute d'une exploitation intelligente, il n'a pas su conserver la clientèle, ou s'il ne laisse pas le matériel en bon état et une quantité de marchandises égale à celle qu'il a reçue. D'autre part, aucune indemnité ne lui sera due pour la plus-value que le fonds ou l'établissement aurait acquise. Arg. de l'art. 599.

SECTION 3^e. — Des obligations de l'usufruitier.

Sommaire.

§ 1^{er}. — Des obligations au moment de l'ouverture de l'usufruit.

I. — De l'inventaire des meubles et de l'état des immeubles.

II. — De la caution.

§ 2^e. — Des obligations pendant la durée de l'usufruit.

I. — Généralités.

II. — Des réparations usufruituaires.

III. — Des charges imposées à l'héritage.

IV. — Des frais des procès.

V. — Des charges d'un usufruit universel ou à titre universel.

§ 3^e. — Des obligations à la fin de l'usufruit.

§ 1^{er}. — DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER AU MOMENT DE L'OUVERTURE DE L'USUFRUIT.

I. — *De l'obligation de faire dresser inventaire des meubles et état des immeubles.*

Art. 600.

852. Le but de ces deux instruments de preuve est de constater exactement tout ce que l'usufruitier reçoit et dans quel

état il le reçoit, afin qu'il n'y ait aucune incertitude sur l'étendue de son obligation de restitution lors de la cessation de l'usufruit.

Ils doivent être dressés contradictoirement avec le nu propriétaire ou lui dûment appelé. En principe, ils doivent être faits par devant notaire. Arg. de l'art. 943 c. pr. civ. Toutefois rien n'empêche les intéressés, s'ils sont capables l'un et l'autre, de les faire sous seing privé. Les frais de ces actes sont à la charge de l'usufruitier, car c'est à celui à qui une obligation est imposée, de supporter les frais qu'entraîne son exécution.

853. Quelle est la sanction de cette obligation de faire dresser inventaire et état?

L'art. 600 répond que l'usufruitier ne peut entrer en jouissance. Le nu propriétaire est donc fondé à refuser de lui délivrer les biens soumis à l'usufruit. Faut-il aller plus loin encore et décider que l'usufruitier n'a droit aux fruits qu'à partir seulement de la confection des actes requis? La négative est généralement admise par argument de l'art. 604.

Une seconde sanction est que, lors de la cessation de l'usufruit, le nu propriétaire pourra faire la preuve de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié, non seulement par les voies ordinaires de droit, mais encore par commune renommée. Il est, en effet, de principe que la preuve par commune renommée est toujours recevable contre celui qui a négligé de remplir l'obligation qui lui était imposée par la loi de faire dresser inventaire (supra n° 604).

Il faut encore ajouter que le défaut d'inventaire entraîne la déchéance du droit même d'usufruit dans l'hypothèse toute spéciale prévue par l'art. 1442.

On enseigne généralement que la disposition de l'art. 1731 est applicable par analogie à l'usufruitier qui a omis de faire dresser un état des immeubles. C'est là une erreur. Les présomptions légales ne s'étendent point par analogie. Et puis, il n'y a ici aucune analogie entre la situation de l'usufruitier qui doit prendre les choses dans l'état où elles sont,

et celle du locataire, qui peut exiger que les biens loués lui soient délivrés en bon état. Art. 600 et 1720.

854. Il peut arriver qu'un testateur, en légant un droit d'usufruit, ait dispensé l'usufruitier de faire l'inventaire et l'état des biens usufruituaires. Cette dispense est valable en ce sens qu'elle libère l'usufruitier de l'obligation de faire dresser ces actes lui-même à ses frais, mais elle n'enlève pas à l'héritier, nu propriétaire, le droit de les faire dresser à ses frais à lui, contradictoirement avec l'usufruitier ou celui-ci dûment appelé. P. 1867, II, 138.

Toute clause par laquelle un testateur aurait privé son héritier, nu propriétaire, du droit de réclamer l'inventaire et l'état en question, devrait être considérée comme contraire aux bonnes mœurs, et par suite comme non écrite. Art. 6 et 900. Pareille clause aboutirait, en effet, à favoriser la mauvaise foi de l'usufruitier, en rendant trop difficile au nu propriétaire preuve de son droit. B. J. 1869, p. 5.

II. — *De l'obligation de donner caution.*

Art. 601 à 604.

855. L'usufruitier doit donner caution de jouir en bon père de famille, c'est-à-dire en bon propriétaire. Cette expression *jouir en bon père de famille* résume ici toutes les obligations de l'usufruitier. La caution doit donc répondre, envers le nu propriétaire, du paiement de toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par l'usufruitier comme tel.

La caution que doit l'usufruitier lui est imposée par la loi. Elle doit donc réunir les conditions que le Code requiert de toute caution légale. Art. 2040.

Tant que l'usufruitier n'a pas donné caution, le propriétaire peut refuser de lui délivrer la chose usufruituaire. Mais le Code ne veut pas que l'usufruitier soit victime de la difficulté de trouver immédiatement une personne capable et solvable qui consente à le cautionner. De là, la disposition de l'art. 604. Sa finale est défectueuse : prise à la lettre, elle serait en contradiction avec l'art. 1014, dans le cas d'un usufruit établi par testament. La seule portée de l'art. 604

est que le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du même jour que s'il avait donné immédiatement caution.

856. Si l'usufruitier ne parvient pas à trouver une caution, il est admis à donner un gage ou une hypothèque pour la remplacer. Art. 2041. P. 1891, II, 207. Mais il est possible que l'usufruitier qui ne trouve pas de caution soit également hors d'état de fournir des garanties réelles. Les art. 602 et 603 prescrivent, en vue de ce cas, certaines mesures destinées à concilier les intérêts respectifs de l'usufruitier et du nu propriétaire; elles aboutissent à enlever à l'usufruitier l'exercice de son droit, tout en lui en conservant le bénéfice.

857. L'obligation imposée à l'usufruitier de fournir caution comporte plusieurs exceptions. Sont dispensés de cette obligation :

1° Le père ou la mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants. La qualité de l'usufruitier suffit à inspirer confiance au législateur.

2° Le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit. Cette exception est fondée sur la volonté probable des parties. Le Code suppose qu'il a été entendu entre elles, que le vendeur ou donateur conservera la jouissance du bien telle qu'il l'avait précédemment, sans être contraint d'y ajouter un cautionnement.

3° Celui à qui cette dispense a été accordée par l'acte constitutif de l'usufruit.

C'est une question controversée, que celle de savoir si la dispense de donner caution peut avoir lieu lorsque l'usufruit a pour objet des biens dont la nue propriété forme la réserve légale des héritiers du disposant. Un époux ayant des enfants donne à son conjoint un quart de ses biens en propriété et un quart en usufruit (art. 1094); peut-il dispenser son conjoint de donner caution pour le quart en usufruit? La négative tend à prévaloir aujourd'hui. C'est qu'il est de principe que la réserve doit toujours parvenir intacte aux héritiers réservataires. Or, il n'est pas vrai de dire que la réserve demeure intacte quand la dispense de fournir

caution l'expose à devenir un droit purement nominal par suite de l'insolvabilité de l'usufruitier. Que le constituant ait la faculté de dispenser de la caution lorsqu'il a la faculté de disposer librement de la chose sur laquelle il établit l'usufruit, cela se comprend à merveille; l'une n'est que la conséquence de l'autre. Mais qu'il puisse encore accorder la dispense lorsque la nue propriété des biens qu'il frappe d'usufruit forme la réserve légale de ses héritiers, cela ne se conçoit plus; il disposerait alors, en effet, d'un droit qui ne lui appartient pas, d'un droit qui est l'accessoire d'une propriété dont il n'a pas la libre disposition. P. 1891, II, 128.

En principe, la dispense de fournir caution ne peut être révoquée par la justice, à raison de changements survenus, soit dans la position de l'usufruitier, soit dans l'état de la chose grevée d'usufruit. Arg. de l'art. 1134. Ainsi, par exemple, le remboursement d'une rente ou le paiement d'une créance, ne suffit pas pour que le nu propriétaire puisse demander à la justice d'astreindre l'usufruitier à donner caution. Ce principe subit exception, en vertu de l'art. 618, lorsque l'usufruitier vient à commettre des abus de jouissance. Il pourrait alors être déclaré déchu de son droit; à plus forte raison, le juge peut-il ne l'y maintenir qu'en l'obligeant à fournir caution. La jurisprudence admet une seconde exception pour le cas où l'usufruitier vient à tomber en faillite ou en déconfiture. D. 1892, I, 68.

4^e Aux dispenses précédentes indiquées par l'art. 601, il faut ajouter celle qui est établie par l'art. 1550 au profit du mari usufruitier des biens dotaux.

§ 2^e. — DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER PENDANT LA DURÉE DE L'USUFRUIT.

I. — *Généralités.*

858. Les diverses obligations que les art. 605 et suiv. imposent à l'usufruitier, pendant la durée de sa jouissance, se rattachent toutes à l'obligation de jouir en bon père de famille. Elles ne sont à vrai dire que des conséquences ou

des applications de cette obligation générale ou les moyens d'en assurer l'exécution.

Pour satisfaire à l'obligation de jouir en bon père de famille, l'usufruitier doit d'abord s'abstenir de tout acte que ne commettrait pas un propriétaire soigneux et diligent. Ainsi, il ne peut percevoir les fruits qu'à l'époque de leur maturité. Indemnité serait due au propriétaire dans le cas où il aurait fait une récolte prématurément et où son usufruit serait venu à s'éteindre avant l'époque normale de la perception. Indemnité serait encore due au propriétaire, et cette fois immédiatement, dans le cas où il aurait abattu des arbres de haute futaie non mis en coupes réglées.

Pour satisfaire à cette obligation, il faut encore que l'usufruitier veille à la garde et à la conservation de la chose et qu'il ait soin de porter à la connaissance du propriétaire toutes les usurpations qui viendraient à être commises par des tiers. Art. 614.

L'obligation de veiller à la conservation de la chose ne va pas jusqu'à obliger l'usufruitier de prémunir le nu propriétaire contre toute perte de la chose au moyen d'un contrat d'assurance. Ainsi, l'usufruitier d'un bâtiment n'est pas tenu de le faire assurer contre l'incendie; le propriétaire peut lui-même prendre ce soin.

II. — *Des réparations usufruituaires.*

Art. 605 à 607.

859. En matière d'usufruit, on oppose les réparations d'entretien aux grosses réparations. L'usufruitier est tenu des premières; il n'est pas tenu des secondes.

Les réparations d'entretien se reconnaissent à ce double caractère qu'elles sont périodiques et que tout propriétaire diligent les fait au moyen d'un prélèvement sur ses revenus. Les grosses réparations ont quelque chose d'accidentel et d'imprévu, et le plus souvent leur importance est telle qu'elles nécessitent l'emploi d'un capital. Afin de prévenir toute difficulté, l'art. 606 a donné une énumération limita-

tive des grosses réparations aux bâtiments ou constructions. Aucun texte n'a déterminé d'une manière spéciale le caractère des grosses réparations aux autres espèces de biens qui peuvent être grevés d'usufruit, aux usines, aux navires, aux autres meubles corporels. A défaut d'une disposition particulière, l'interprète doit se laisser guider par l'esprit de l'art. 606; il doit appliquer par analogie le principe que ce texte a posé. Le principe est qu'on ne doit considérer comme grosses réparations, que celles qui consistent dans la *réfection* ou le *rétablissement* d'une partie notable de la chose. Toutes les autres réparations sont d'entretien.

L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien qui deviennent nécessaires pendant la durée de sa jouissance; il n'est point tenu de celles dont la nécessité existait déjà au moment de l'ouverture de l'usufruit. Celles-là ne sont pas une charge de sa jouissance, mais bien de la jouissance antérieure. Est-ce à dire que le nu propriétaire soit tenu de les faire? Non, certes, car il n'est pas obligé de *faire* jouir l'usufruitier. Aussi l'art. 600 dit-il que l'usufruitier prend la chose dans l'état où elle est, donc en mauvais état si elle est telle.

Par exception, l'usufruitier est tenu des grosses réparations, lorsqu'elles ont été rendues nécessaires soit par le défaut d'entretien, soit par toute autre faute commise par lui. Art. 605, al. 2.

L'expression *tenu* de l'art. 605 signifie que le nu propriétaire a action contre l'usufruitier pour le contraindre aux réparations en question. Il n'est pas tenu d'ajourner son action jusqu'après la cessation de l'usufruit.

860. L'art. 616, al. 2, fait application du principe que l'usufruitier est tenu aux réparations d'entretien. L'usufruitier d'un troupeau, *universitas facti*, doit l'entretenir en remplaçant par de nouvelles têtes, les animaux qui périssent. Mais ce n'est qu'avec le *croît* passé et futur qu'il est obligé de pourvoir à ce remplacement.

861. L'obligation imposée à l'usufruitier de faire les

réparations d'entretien ne dérivant que de sa qualité même d'usufruitier, *propter rem*, il s'ensuit qu'il peut s'affranchir de cette obligation pour les réparations à venir, en renonçant à son usufruit.

Mais l'usufruitier peut-il, en renonçant à son usufruit, s'affranchir des réparations qui ont leur cause dans la jouissance personnelle qu'il a eue de la chose? La négative résulte à l'évidence du texte de l'art. 605, qui porte d'une manière générale et sans distinction que l'usufruitier est *tenu*. Cette solution est d'ailleurs conforme au principe : *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare*.

III. — Des charges de l'héritage.

Art. 608 et 609.

862. De même que les réparations, les charges de l'héritage soumis à l'usufruit se divisent en deux catégories : les charges annuelles et les charges extraordinaires.

L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les primes d'assurance et la contribution foncière, et aussi de celles qui, quoique n'étant pas annuelles, sont imposées sur les revenus, comme les frais de curage d'un cours d'eau. Ces charges sont dues par l'usufruitier dans la proportion de la durée de sa jouissance.

A côté des charges qui sont établies sur les revenus, il y en a d'autres qui sont imposées sur la propriété même, comme les frais d'établissement d'un trottoir ou d'une clôture forcée, etc. Quid lorsque de telles charges viennent à échéance pendant la durée de l'usufruit? Par cela seul qu'elles sont imposées sur la pleine propriété, elles doivent nécessairement nuire au propriétaire et à l'usufruitier, puisqu'ils ont l'un et l'autre une partie de la pleine propriété. Aussi l'art. 609 dispose-t-il que le propriétaire est obligé de les payer, mais que l'usufruitier lui doit compte des intérêts.

L'art. 609 ne parle que des charges imposées sur la pro-

priété et payables pendant la durée de l'usufruit. Celles qui étaient déjà exigibles lors de la constitution de l'usufruit restent aux dépens exclusifs du propriétaire.

L'art. 609 est étranger à la question de savoir si l'usufruitier d'un bien doit supporter les intérêts des dettes privilégiées ou hypothécaires qui sont nées à raison de l'acquisition même de ce bien, comme la dette privilégiée du prix de vente du fonds soumis à l'usufruit. Cette question est réglée par les art. 611 et 612. P. 1890, I, 99.

IV. — *Des frais des procès.*

Art. 613.

863. Dans les procès qui ne concernent que la jouissance, l'usufruitier est naturellement seul tenu des frais et autres condamnations. S'ils concernent la pleine propriété, le nu propriétaire et l'usufruitier les supportent, le premier pour le capital, et le second pour les intérêts pendant la durée de l'usufruit. Arg. de l'art. 609.

V. — *Des charges d'un usufruit universel ou à titre universel.*

Art. 610 à 612.

864. On entend par usufruit universel celui qui porte sur l'universalité d'un patrimoine, et usufruit à titre universel celui qui porte sur une quotité de l'universalité d'un patrimoine ou sur tous les immeubles, ou tous les meubles, ou sur une quotité des uns ou des autres. On entend par usufruit à titre particulier l'usufruit qui ne porte que sur un ou plusieurs biens déterminés.

Il est essentiel d'observer que la disposition testamentaire qui établit un usufruit sur l'universalité ou une quotité de l'universalité du patrimoine du disposant, n'est jamais qu'un legs à titre particulier. C'est qu'un pareil legs ne renferme aucune vocation, même simplement éventuelle, à la propriété des biens du *de cujus*. Il ne rentre donc point dans les définitions que donnent les art. 1003 et 1010 du legs uni-

versel et du legs à titre universel. Aussi est-ce tout à fait improprement que l'art. 610 parle d'un légataire universel ou à titre universel de l'usufruit. On conçoit un usufruit universel ou à titre universel; on ne saurait concevoir un legs universel ou à titre universel d'usufruit. P. 1891, III, 155; D. 1892, II, 516.

865. Jamais l'usufruitier à titre particulier n'est tenu de supporter les intérêts des dettes auxquelles le fonds soumis à son usufruit est hypothéqué. Il en est ainsi même quand le droit d'usufruit a été établi par un legs. Art. 611.

D'après les principes établis en matière de succession *ab intestat* et testamentaire par les art. 871 et 1024, l'usufruitier universel ou à titre universel devrait toujours demeurer étranger aux dettes et charges du patrimoine sur lequel porte son usufruit. Nos art. 610 et 612 ont tracé des règles plus équitables, en établissant une corrélation entre l'actif et le passif :

1° L'usufruitier d'un patrimoine ou d'une quotité d'un patrimoine est tenu au paiement des arrérages des rentes, tant viagères que perpétuelles, et des intérêts des dettes et des legs qui grèvent ce patrimoine, en proportion de la quotité de l'universalité dont il a la jouissance.

Cette règle n'est pas formulée par le Code en termes généraux et exprès. L'art. 612 la consacre simplement d'une manière incidente par ces mots : l'usufruitier doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes, et l'art. 610 en fait une application spéciale au service des rentes viagères et des pensions alimentaires léguées par le testateur. De ces deux textes on peut induire : d'abord que l'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter la totalité ou une quote-part des fruits civils passifs du patrimoine dont il a la jouissance, sans qu'il y ait à distinguer entre les intérêts des dettes proprement dites et les intérêts des charges telles que legs, frais funéraires et frais de scellés et d'inventaire; ensuite que les arrérages des rentes viagères passives doivent être considérés comme des fruits civils passifs, aussi bien que les arrérages des rentes perpétuelles,

sans qu'il y ait à distinguer entre les rentes viagères léguées par le constituant de l'usufruit et les rentes viagères dont le constituant aurait été chargé lui-même, et qui se trouveraient passivement dans sa succession. J. Liège, 1892, p. 172; P. 1890, III, 173; D. 1890, I, 168.

Lorsque le patrimoine soumis à l'usufruit est grevé du service d'un certain nombre d'annuités, les intérêts seuls des annuités sont dus par l'usufruitier pendant la durée de l'usufruit. P. 1890, I, 99.

L'art. 612 suppose que, pour déterminer la part pour laquelle l'usufruitier est tenu du paiement des intérêts, il est nécessaire d'estimer les biens compris dans l'usufruit; c'est pourquoi il prescrit cette estimation. La rédaction de cet article est trop générale et incomplète. Trop générale, car il y a des cas où aucune estimation n'est nécessaire, ce sont ceux où l'usufruit porte sur l'universalité du patrimoine ou sur une fraction mathématique du patrimoine, comme la $\frac{1}{2}$, le $\frac{1}{3}$, ou le $\frac{1}{4}$; l'estimation n'est nécessaire que lorsque l'usufruit est établi sur tous les meubles ou sur tous les immeubles, ou sur une quotité des uns ou des autres. Incomplète, car il ne suffit pas d'estimer les biens soumis à l'usufruit, il faut encore évaluer les autres biens du patrimoine; ce n'est qu'en comparant ces deux valeurs que l'on connaîtra le rapport de la contribution entre l'usufruitier et le nu propriétaire.

2° S'il s'agit de payer le capital d'une dette ou d'un legs devenu exigible au cours de l'usufruit, l'art. 612 offre trois partis à l'usufruitier et au nu propriétaire. L'usufruitier peut avancer le capital qui devra alors lui être restitué sans intérêts, à la fin de l'usufruit. S'il ne veut pas faire cette avance, le nu propriétaire a le choix, ou de payer lui-même le capital, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence la pleine propriété d'une portion des biens soumis à l'usufruit. Quel que soit le procédé employé, le résultat est toujours le même, l'usufruitier n'a la jouissance que de ce que le patrimoine renferme d'actif net.

866. Les règles tracées par les art. 610 et 612 s'appliquent à tout usufruit universel ou à titre universel. Il n'y a pas à distinguer si l'usufruit est établi par testament, par institution contractuelle ou par la loi.

§ 3° — DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER A LA FIN
DE L'USUFRUIT.

867. Dès que l'usufruit a pris fin, l'usufruitier est tenu de l'obligation de restituer la chose au nu propriétaire. Il ne jouit pour cela d'aucun délai. Le propriétaire rentre de plein droit dans la possession et la jouissance de sa chose, à partir du moment où l'usufruit est éteint. Il peut donc intenter immédiatement les actions possessoires et percevoir les fruits naturels ou civils.

868. Sauf l'hypothèse du quasi-usufruit, l'usufruitier doit restituer la chose même qu'il a reçue et dans l'état où il l'a reçue. C'est un véritable débiteur de corps certain. Toutes les règles du droit commun, édictées par les art. 1147, 1148, 1302 et 1315, lui sont applicables. Si la chose est venue à périr, c'est à lui qu'il incombe de prouver que la perte provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée. Si la chose est détériorée, il doit prouver que la détérioration ne provient pas de sa faute. Les art. 615 et 616 contiennent des applications de ces principes.

Que faut-il décider lorsque le bien soumis à l'usufruit a péri par incendie? La question est de savoir si, dans ce cas, il suffit à l'usufruitier, pour établir sa libération, de prouver que le bien a péri dans un incendie, sauf au nu propriétaire à prouver de son côté que l'incendie a été occasionné par la faute de l'usufruitier, ou bien, au contraire, l'usufruitier ne peut-il échapper à l'obligation de payer des dommages-intérêts qu'en prouvant que l'incendie a eu lieu sans sa faute? La réponse peut être formulée en un syllogisme: L'incendie ne constitue pas par lui-même un cas fortuit, pas plus que la mort d'un animal n'est en elle-même un cas fortuit: *Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*. Or,

c'est au *débiteur* qui allègue un cas fortuit à l'appui de sa libération à en fournir la preuve. Art. 1302 et 1315. Donc, il ne suffit pas à l'usufruitier de prouver que la chose usufructuaire a péri dans un incendie. D. 1887, I, 321 ; P. 1892, I, 115.

SECTION 4^e — Des droits et des obligations
du nu propriétaire.

Art. 599.

869. Le nu propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. Il ne peut donc, sans l'assentiment de celui-ci, changer la forme ou la destination du fonds, faire des constructions ou en détruire, abattre des arbres de haute futaie, ouvrir des carrières, grever le fonds de servitudes préjudiciables à la jouissance de l'usufruitier.

Le nu propriétaire peut, du reste, exercer tous les attributs de la propriété compatibles avec les droits de l'usufruitier. Il lui est donc permis d'aliéner la nue propriété et de la grever d'hypothèques. Il a droit aux arbres de haute futaie non mis en coupes réglées qui sont arrachés ou brisés par accident. Art. 592. Il a droit, dans les limites de l'art. 716, au trésor qui pourrait être découvert dans le fonds pendant la durée de l'usufruit. Art. 598, al. 2.

870. On sait que l'usufruitier est tenu de faire les réparations d'entretien. Par réciprocité, le nu propriétaire est-il tenu de faire les grosses réparations ?

La raison de douter vient du texte de l'art. 605, al. 2, qui, après avoir déclaré que l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien, ajoute que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire. La raison de décider vient des principes de la matière et du texte de l'art. 600. Des principes : le nu propriétaire comme tel n'est dans les liens d'aucune obligation proprement dite ; il n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier ; il est seulement tenu, comme toute autre personne, de le laisser jouir, c'est-à-dire de s'abstenir de tout acte qui pourrait entraver l'exercice de son droit de

jouissance. Art. 599. Le droit d'usufruit est un droit réel; il est donc de sa nature de créer entre l'usufruitier et la chose un rapport direct et immédiat, en laissant le nu propriétaire en dehors de toute obligation personnelle. Pour admettre une dérogation à ce principe fondamental, il faudrait y être astreint par un texte formel. Du texte de l'art. 600: cet article dispose que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont. Si l'usufruitier ne peut pas contraindre le propriétaire à faire les grosses réparations dont la chose a besoin lors de l'ouverture de l'usufruit, comment pourrait-il le contraindre à faire celles qui deviennent nécessaires pendant la durée de la jouissance?

L'art. 605 n'a d'autre objet que de déterminer l'étendue de l'obligation de l'usufruitier quant aux réparations; il n'entend créer aucune *obligation* à la charge du propriétaire. Ce membre de phrase que les grosses réparations *demeurent* à la charge du propriétaire, signifie simplement que si le propriétaire veut faire ces réparations, il doit en supporter seul la dépense, et ne peut rien réclamer à l'usufruitier, ni en capital ni en intérêts. Les grosses réparations demeurent à son compte, exactement comme si l'usufruit n'existait pas; s'il ne les fait pas, personne ne les fera, car l'usufruitier n'en est pas *tenu*. P. 1882, II, 171; 1884, II, 173; D. 1891, I, 413.

871. — Quels sont les rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire, à la fin de l'usufruit :

1° Quant aux objets mobiliers que l'usufruitier a placés sur le fonds pour en assurer le service et l'exploitation ou qu'il y a attachés par quelque une des dispositions matérielles visées en l'art. 525?

Ce point ne peut faire difficulté. L'usufruitier a le droit de les retirer, car ils sont restés sa propriété (*supra*, n° 749 et 803). Toutefois il ne peut enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il a fait placer, qu'à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. Art. 599, al. 3.

2° Quant aux travaux que l'usufruitier a exécutés sur la chose soumise à son droit?

Il faut d'abord distinguer entre les grosses réparations et les améliorations.

L'usufruitier qui a effectué de grosses réparations dont il n'était pas tenu peut réclamer de ce chef une indemnité au propriétaire. Aucun texte ne fait exception pour cette hypothèse au principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. D. 1891, I, 413.

Au contraire, l'art. 599, al. 2, dispose que l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. Le Code a voulu par là étouffer dans leur naissance les contestations infinies auxquelles les réclamations de l'usufruitier pourraient donner lieu au sujet des mille améliorations qu'il prétendrait avoir faites. D'ailleurs cette règle n'est pas bien injuste; les simples améliorations ne sont pas fort dispendieuses; les avantages que l'usufruitier en a retirés compensent ce qu'elles lui ont coûté.

Certains auteurs et la jurisprudence française entendent le mot *améliorations* de l'art. 599, al. 2, dans le sens le plus large. Ce terme comprendrait sans aucune restriction toutes les constructions ou plantations que l'usufruitier aurait faites sur le fonds grevé d'usufruit. Le propriétaire aurait toujours le droit de les garder sans devoir d'indemnité à l'usufruitier; celui-ci n'aurait pas le droit de les enlever, même en rétablissant les lieux dans leur premier état, le texte ne lui accordant point le *jus tollendi* dans cette hypothèse. D. 1891, II, 332.

La plupart des auteurs et la jurisprudence belge n'entendent point par le mot *améliorations* tous les ouvrages indistinctement qui ont procuré une plus-value au fonds usufructuaire. Ils distinguent entre les ouvrages qui n'ont point changé la substance de la chose et ceux qui l'ont transformée. Les premiers seuls constituent des améliorations proprement dites et sont régis, à ce titre, par l'art. 599, al. 2; les seconds n'ont point le caractère d'améliorations, et échappent dès lors à l'application de notre règle exception-

nelle pour rester sous l'empire de la disposition générale de l'art. 555. P. 1887, I, 56.

Ce second système est préférable. Il est d'abord en harmonie avec le sens naturel de l'expression *amélioration*. Qui oserait soutenir qu'une construction qui a détruit la substance de la chose peut être considérée comme une amélioration de cette même chose? Il est aussi en harmonie avec l'esprit des art. 555 et 599. L'usufruitier qui fait une simple amélioration agit dans les limites de son droit, il se comporte en qualité d'usufruitier; il sera largement indemnisé, si l'usufruit dure assez longtemps par l'augmentation obtenue dans sa jouissance, l'utilité, l'agrément, etc. Au contraire, l'usufruitier qui fait des constructions ou des plantations en dehors des limites légales de son droit d'usufruit, se comporte exactement comme un tiers quelconque qui construit avec ses matériaux sur le fonds d'autrui; il ne construit pas pour le propriétaire, mais pour lui-même afin de jouir à sa fantaisie; convient-il de le traiter plus rigoureusement que le possesseur juridique de mauvaise foi, alors qu'il s'agit de dépenses considérables, puisque la substance de la chose s'en trouve modifiée? — Il est vrai que, dans certains textes du Code, le mot *améliorations* est improprement employé pour désigner toutes constructions ou plantations quelconques, mais ce n'est pas là un argument absolument décisif pour qu'il ait cette signification abusive dans l'art. 599. Les expressions que l'on rencontre dans les textes doivent toujours être interprétées *secundum subjectam materiam*.

Notre conclusion pratique est donc qu'il y a deux sortes de constructions ou de plantations : celles qui ont simplement pour effet d'améliorer la chose et celles qui ont pour résultat d'en dénaturer la substance; les premières sont régies par l'art. 599, les secondes par l'art. 555.

SECTION 5^e. — Des modes d'extinction de l'usufruit.

Art. 617 à 624.

Sommaire.

- § 1^{er}. — De la mort de l'usufruitier.
- § 2^e. — De l'arrivée du terme.
- § 3^e. — De la consolidation.
- § 4^e. — Du non usage pendant trente ans.
- § 5^e. — De la perte totale de la chose.
- § 6^e. — De l'abus de jouissance.
- § 7^e. — De la renonciation de l'usufruitier.
- § 8^e. — De la résolution du droit du constituant.
- § 9^e. — De la prescription acquisitive.

§ 1^{er}. — DE LA MORT DE L'USUFRUITIER.

872. L'art 617, 1^{er}, consacre le principe de l'intransmissibilité absolue du droit d'usufruit aux héritiers et autres successeurs à cause de mort de l'usufruitier. Le décès de l'usufruitier éteint l'usufruit de quelque manière et à quelque époque qu'il survienne, fût-ce le lendemain du jour de l'ouverture de l'usufruit. Ce n'est pas parce que l'usufruit est attaché à la personne qu'il périclité avec elle; c'est parce que la loi a voulu qu'il périclité avec elle qu'il est permis de dire qu'il est attaché à la personne.

L'usufruit accordé à des personnes morales ne dure que trente ans.

Ces règles des art. 617, 1^{er}, et 619 sont d'ordre public. Elles ne peuvent donc être modifiées par la volonté de l'homme.

Rappelons que l'usufruit d'une même chose peut être donné ou laissé à deux ou plusieurs personnes successivement, pourvu que tous les usufruitiers soient au moins conçus au jour de la donation ou au décès du testateur. Art. 906 (*supra*, n^{os} 813 et 820).

§ 2^e. — DE L'ARRIVÉE DU TERME.

873. L'usufruit établi pour un temps déterminé s'éteint par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé. Art. 617, 2^e. Le terme fixé constitue alors un maximum qui

ne peut pas être dépassé, mais qui peut n'être pas atteint. L'usufruit prendra fin avant cette époque, soit par la mort de l'usufruitier, soit par toute autre cause d'extinction.

L'art. 620 prévoit le cas où l'usufruit a été accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un certain âge, et il décide que si ce tiers vient à mourir avant l'âge fixé, l'usufruit se prolongera jusqu'au jour où, s'il avait vécu, il aurait atteint cet âge. Cet article se borne à interpréter la volonté du constituant; il suppose que le constituant a eu en vue comme mesure de la durée de l'usufruit, non pas la vie même du tiers désigné, mais uniquement un certain nombre d'années à s'écouler. Il ramène cette formule : je vous donne l'usufruit jusqu'à ce que Paul (âgé de 10 ans) ait atteint l'âge de 30 ans; à celle-ci : je vous donne l'usufruit pendant 20 ans. L'interprétation donnée par l'art. 620 tomberait évidemment devant une volonté contraire manifestée par le constituant.

§ 3°. — DE LA CONSOLIDATION.

874. L'art. 617, 3°, définit la consolidation : la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire. Ces deux qualités sont, en effet, incompatibles, nul ne pouvant être usufruitier de sa propre chose : *Nulli res sua servit.*

On pourrait croire que tous les modes d'extinction de l'usufruit méritent le nom de consolidation, par cette considération qu'ils aboutissent tous à la réunion de l'usufruit à la propriété. C'est très improprement qu'on dit en cas de décès de l'usufruitier, d'arrivée du terme, de non usage, etc., que l'usufruit fait retour à la nue propriété, expression qui donne à entendre que le droit de l'usufruitier est *transmis* au propriétaire. Incontestablement, il n'y a transmission dans aucun de ces cas. C'est en vertu de son droit propre, *jure suo*, non *jure cesso*, que le propriétaire recouvre alors son plein pouvoir sur la chose; il ne tient rien de l'usufruitier, il n'est pas son ayant-cause. Le droit d'usufruit est éteint; comment pourrait-il être transmis?

Au contraire, dans le cas de consolidation proprement dite, c'est-à-dire de *réunion* sur la même tête des deux qua-

lités d'usufruitier et de propriétaire, l'extinction de l'usufruit n'est qu'une conséquence de son acquisition par le nu propriétaire ou de l'acquisition de la nue propriété par l'usufruitier. L'usufruit ne cesse que parce qu'il a été cédé au nu propriétaire ou que parce que la nue propriété a été transmise à l'usufruitier.

Lorsque l'usufruit est cédé au nu propriétaire, celui-ci devient l'ayant-cause de l'usufruitier pour tout le temps qui reste à courir jusqu'au jour qui avait été marqué originairement pour l'extinction de l'usufruit. Le propriétaire reste ainsi soumis pendant cette période aux charges réelles telles que les hypothèques, dont l'usufruitier a pu légalement grever son droit d'usufruit.

§ 4°. — DU NON-USAGE.

875. L'usufruit s'éteint par le non-usage du droit pendant trente ans. Art. 617, 4°. C'est une application particulière du délai de la prescription extinctive ou libératoire de l'art. 2262. Toutes les autres règles de cette prescription sont également applicables. Il convient donc de décider :

1° Que les trente ans commencent à courir à partir du dernier acte de jouissance accompli par l'usufruitier ou son représentant ;

2° Qu'il suffit que l'usufruitier ait cessé de jouir par lui-même ou par quelque autre en son nom, pendant trente ans, sans qu'il soit besoin que le nu propriétaire ou un tiers ait exercé le *jus fruendi* à sa place ;

3° Que la prescription ne court point contre un usufruitier mineur ou interdit.

§ 5°. — DE LA PERTE DE LA CHOSE.

876. L'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose sur laquelle il est établi. Art. 617, 5°. Il ne peut subsister sur les débris de la chose. Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur tout ce qui reste, même sur les débris de la portion qui a péri. Art. 607 et 623.

Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a perte

totale ou perte partielle. Pour qu'il y ait perte totale, il n'est pas besoin que la chose ait été matériellement anéantie et qu'il n'en reste aucune trace ; il suffit que sa substance juridique ait été transformée et que, par suite, elle ne puisse plus servir à l'usage auquel elle était destinée et pour lequel l'usufruit avait été établi.

L'art. 624 fournit des applications de ces principes.

877. Si la chose périt par la faute d'un tiers, l'usufruitier a une action en dommages-intérêts contre ce tiers, en vertu de l'art. 1382.

Lorsque la chose périt par un incendie, l'usufruitier qui a payé les primes d'assurance jouit de l'indemnité allouée au propriétaire.

Quand la chose est expropriée pour cause d'utilité publique, l'usufruitier a droit à la jouissance de l'indemnité qui représente le bien. *Pretium succedit in loco rei*. P. 1892, III, 85.

§ 6°. — DE L'ABUS DE JOUISSANCE.

878. Ce cas présente ceci de particulier que l'extinction n'a pas lieu de plein droit, mais qu'elle doit être prononcée par la justice, sur la demande du nu propriétaire. Art. 618.

Il y a abus de jouissance dès que l'usufruitier manque à son obligation de conserver la substance de la chose et de jouir en bon père de famille. Les faits d'abus de jouissance signalés par le texte ne sont que des exemples.

Les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu non seulement pour apprécier s'il y a ou non abus de jouissance, mais encore, l'abus étant établi, pour apprécier les mesures qu'il convient d'ordonner. Ils peuvent prononcer la déchéance, sans restriction aucune ; ils peuvent ne prononcer la déchéance qu'à la charge par le propriétaire de payer annuellement à l'usufruitier une certaine somme jusqu'à l'époque où l'usufruit aurait dû cesser ; ils peuvent maintenir l'usufruitier dans son droit en lui ordonnant de fournir caution ou de donner les biens à bail ou de les confier à un administrateur à ses frais, etc. P. 1887, II, 134.

La déchéance absolue de l'usufruit par suite de l'abus de

jouissance de l'usufruitier peut être préjudiciable à ses créanciers, car ils seront d'autant moins facilement payés que leur débiteur sera moins riche. De là, la disposition de l'alinéa 2 de notre article.

§ 7^e. — DE LA RENONCIATION DE L'USUFRUITIER.

879. Tout titulaire d'un droit réel peut l'abdiquer par sa seule volonté. En effet, il ne se trouve pas en face d'un débiteur; il n'est en rapport qu'avec une chose. L'abdication d'un droit réel se nomme renonciation.

La renonciation au droit d'usufruit n'est assujettie à aucune forme; elle peut être expresse ou tacite. Elle est efficace et irrévocable, indépendamment de toute manifestation de volonté du nu propriétaire auquel elle doit profiter. Celui-ci ne sera pas l'ayant-cause de l'usufruitier.

L'usufruitier ne peut pas, en renonçant à son usufruit, se jouer des droits qu'il a transférés à des tiers. Arg. de l'art. 1338, *in fine*. La renonciation de l'usufruitier est donc inopérante à l'égard de son cessionnaire ou des créanciers auxquels il a hypothéqué son usufruit.

Aux termes de l'art. 622, les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice. On examinera sous l'art. 1167, si la renonciation doit avoir été faite frauduleusement, pour que les créanciers puissent la faire annuler.

880. L'art. 621 dispose d'abord que la vente de la chose sujette à l'usufruit ne nuit pas au droit de l'usufruitier. Cela était inutile à dire, puisque l'usufruitier a un droit réel, auquel nul ne peut porter atteinte. Le véritable objet de l'article est exprimé par la finale : la seule présence de l'usufruitier à l'aliénation de la chose grevée n'emporte pas renonciation à son droit. Cette disposition a pour but d'empêcher que l'usufruitier ne se trouve privé de son droit par surprise.

Lorsque le nu propriétaire et l'usufruitier ont procédé ensemble à la vente de la *pleine* propriété, la chose se trouve évidemment dégrevée du droit d'usufruit entre les mains

de l'acquéreur, par voie de consolidation. La seule question qui puisse s'élever alors est celle de savoir si l'usufruitier a droit à une portion du prix de vente, qui lui serait due en capital comme contre-valeur de son usufruit aliéné, ou bien s'il a droit à la jouissance de la totalité du prix, parce qu'il aurait été entendu entre le nu propriétaire et lui que l'usufruit serait transporté sur ce prix. Cette question ne peut être résolue que d'après les faits et les circonstances de chaque espèce qui révéleront la commune intention des parties.

881. Il ne faut pas confondre la renonciation proprement dite, appelée renonciation unilatérale ou extinctive, avec la renonciation conventionnelle, dite translatrice. Lorsque l'usufruitier renonce à son droit par *convention* à titre onéreux ou gratuit avec le nu propriétaire, il n'y a pas renonciation véritable, mais transmission de l'usufruit au moyen d'une vente ou d'une donation qui opère consolidation dans la personne du nu propriétaire. En pareille hypothèse, le nu propriétaire est véritablement l'ayant-cause de l'usufruitier. L'usufruit ne s'éteint alors que par voie de conséquence de la transmission dont il est l'objet.

§ 8^e. — DE LA RÉOLUTION DU DROIT DU CONSTITUANT.

882. Cette cause d'extinction et la suivante ne sont pas mentionnées par les textes. Elles résultent simplement des principes généraux du droit.

On ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. Lors donc qu'une personne qui n'a sur une chose qu'un droit sujet à résolution, constitue sur cette chose un droit d'usufruit, cet usufruit est réputé non venu dès l'instant où le droit du constituant est résolu. *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

§ 9^e. — DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE.

883. L'extinction de l'usufruit résulte indirectement de la prescription acquisitive quand un tiers a possédé, pendant le temps et avec les conditions requises par la loi, soit à

titre d'usufruitier, soit à titre de plein propriétaire, la chose sur laquelle l'usufruit est établi. A-t-il possédé comme usufruitier, l'usucapion qu'il accomplit entraîne nécessairement l'extinction de l'usufruit précédent. A-t-il possédé comme plein propriétaire, il acquiert la propriété libre de toute charge et par conséquent de l'usufruit qui la grevait. Art. 2262, 2265 et 2279.

CHAPITRE 2^e. — DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

884. L'usage est un usufruit restreint au droit de se servir de la chose et d'en recueillir les fruits jusqu'à concurrence des besoins de l'usager et de ceux de sa famille. L'habitation n'est autre chose que le droit d'usage établi sur une maison.

Théoriquement, le droit d'usage devrait consister dans le droit de retirer de la chose tous les services qu'elle peut rendre, sans pouvoir toucher à aucun des fruits qu'elle produit : *Jus utendi, non fruendi*. Tel n'est pas le système du Code. On a craint que le droit d'usage, renfermé dans ses limites théoriques, ne fût souvent un droit illusoire ou à peu près. Les auteurs du Code ont accordé à l'usager une portion des fruits, en restreignant par compensation son droit de se servir de la chose. L'usager a le *jus utendi* et le *jus fruendi* dans la mesure de ses besoins et de ceux de sa famille.

SECTION 1^{re}. — Des modes de constitution et d'extinction de l'usage.

Art. 625.

885. Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.

Il n'y a pas de cas d'usage légal créé au profit de certaines personnes.

En principe, l'usage est un droit temporaire comme l'usufruit. Il y a cependant certains droits d'usage des bois et forêts qui sont perpétuels. Art. 636.

SECTION 2^e. — Des droits de l'usager.

Art. 628 à 634.

886. La portion des services et des fruits à laquelle l'usager a droit, est le plus souvent fixée par le titre, c'est-à-dire par le contrat ou le testament qui établit l'usage. C'est seulement dans le silence du titre que le Code détermine les droits de l'usager. Art. 628 et 629.

Le Code pose à cet égard les règles suivantes :

1^o L'usager a le droit d'user et de jouir de la chose jusqu'à concurrence de ses besoins et de ceux de sa famille. Art. 630, 632 et 633.

L'attribution des fruits à l'usager n'a lieu, pour les différentes espèces de fruits que le domaine produit, que dans la limite des besoins de l'usager et de ceux de sa famille, relativement à chaque espèce de fruits. Si donc l'usage est établi sur une terre qui ne produit que du blé, l'usager ne pourra en prendre les fruits que jusqu'à concurrence de ses besoins en blé ; il ne serait pas admis à en prendre davantage afin de se procurer, en vendant l'excédent, de quoi satisfaire ses autres besoins.

Le droit d'usage profite à la famille de l'usager, sans distinguer si la famille existait déjà ou non lors de l'établissement du droit. Art. 630 et 632. Par famille il faut entendre ici la réunion des différentes personnes dont l'usager est le chef et qui vivent avec lui : ce qui comprend le conjoint, les enfants, les domestiques et autres serviteurs. Quant aux gendres, petits-enfants, ascendants et frères ou sœurs, ils ne sont point à considérer comme faisant partie de la famille, à moins que le contraire ne soit admis par interprétation de la volonté du constituant.

On s'est demandé si l'usager d'un fonds a le droit de jouir par lui-même, c'est-à-dire d'exiger la délivrance du fonds pour l'exploiter lui-même, ou bien s'il a seulement le droit d'exiger des mains du propriétaire la portion de fruits nécessaire à ses besoins et à ceux de sa famille. La solution est commandée par le principe que le droit de l'usager est un droit réel ; or, le propre d'un droit réel est de créer un

rapport direct et immédiat entre le titulaire et la chose elle-même. Divers textes supposent d'ailleurs que l'usager jouit par lui-même, notamment les art. 626, 627 et 635, al. 2.

2° L'usager ne peut louer ni céder son droit. Art. 631 et 634. Ces dispositions signifient qu'il lui est interdit de se substituer, par voie de location ou de cession, une tierce personne pour l'exercice de son droit. Cette prohibition s'expliquait parfaitement dans l'ancien Droit romain où l'usager avait seulement le droit de se servir de la chose, sans pouvoir en retirer aucun fruit naturel ou civil. Elle ne s'explique plus aujourd'hui.

Du principe que l'usage est incessible, il résulte qu'il est insaisissable et non susceptible d'hypothèque, sans qu'il y ait à distinguer s'il a été constitué à titre onéreux ou à titre gratuit.

Il va de soi que si l'usager ne peut céder son droit, il peut du moins céder la portion des fruits dont il est devenu propriétaire par la perception qu'il en a faite.

SECTION 3°. — Des obligations de l'usager.

Art. 626, 627 et 635.

887. Les obligations de l'usager, lors de l'ouverture de son droit, sont les mêmes que celles de l'usufruitier. Il doit donner caution, faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles. Art. 626.

Une fois entré en jouissance, l'usager doit :

1° Jouir en bon père de famille. Art. 627.

2° Faire les réparations d'entretien, supporter les frais de culture et les contributions. Son obligation à cet égard est la même que celle de l'usufruitier, s'il absorbe tous les fruits ou s'il occupe toute la maison. S'il ne prend qu'une partie des fruits ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit. Art. 635.

Le Code ne parle pas des dettes. C'est qu'en effet l'usager n'y contribue pas, l'usage n'étant jamais constitué sur une universalité, mais seulement sur des objets particuliers.

TITRE IV.

Des servitudes ou services fonciers.

888. La servitude réelle dont il a déjà été parlé ci-dessus, n^{os} 809 et 810, est un droit en vertu duquel le propriétaire d'un fonds peut tirer une certaine utilité du fonds d'autrui, soit en exerçant une des facultés attachées à la propriété de ce fonds, soit en empêchant le propriétaire d'exercer lui-même une de ces facultés. L'avantage qui résulte de l'existence d'une servitude réelle constitue ainsi un démembrement de la propriété du fonds servant, qui vient accroître la propriété du fonds dominant auquel il s'ajoute. Le droit du propriétaire du fonds dominant est augmenté; celui du propriétaire du fonds servant est amoindri. L'art. 526 a envisagé la servitude comme un *droit*, quand il l'a comprise dans l'énumération des biens; l'art. 637 l'envisage sous le point de vue opposé, quand il l'appelle une *charge*; ce qui est un droit pour le propriétaire du fonds dominant est une charge pour le propriétaire du fonds servant.

D'après la définition de l'art. 637, toute servitude réelle suppose :

1^o *Deux héritages*. Héritage est un vieux mot français qui s'applique exclusivement aux fonds de terre et aux bâtiments. Art. 687, al. 1^{er}.

2^o *Appartenant à des propriétaires différents* : *nulli res sua servit*. Quelle que soit la relation qu'établisse un propriétaire entre deux fonds lui appartenant, on ne saurait y voir qu'une situation de fait pouvant entraîner dans la suite des conséquences juridiques importantes, art. 692 et 694, mais jamais une servitude; le propriétaire ne fait qu'exercer son droit de propriété, il agit *jure domini* et non *jure servitutis*.

3^o *Un service quelconque à prêter par un des héritages au profit de l'autre*. La servitude doit avoir pour but de

donner plus d'utilité au fonds dominant. Par utilité, on doit entendre tout ce qui en facilite l'exploitation et, d'une manière générale, en augmente la valeur, ce qui comprend même certains agréments, lorsqu'étant de nature à convenir à toute personne et non au seul propriétaire actuel, ils donneront plus de valeur au fonds.

Le propriétaire du fonds servant, malgré l'existence de la servitude, est tout à fait indépendant vis-à-vis du propriétaire du fonds dominant; c'est ce que signifie l'art. 638. La féodalité, au contraire, avait établi entre les fonds une sorte de hiérarchie, et la dépendance des terres entraînait la dépendance de ceux qui les possédaient.

889. La servitude réelle présente les caractères suivants :

1^{re} Elle constitue une qualité active du fonds dominant et une qualité passive du fonds servant.

Le droit de servitude foncière est doublement réel et accessoire. La qualification de réelle appliquée aux servitudes définies par l'art. 637, n'a pas pour but de dire que ces servitudes sont des droits réels, car l'usufruit, l'usage et l'habitation sont aussi des droits réels; elle exprime ici l'idée que les servitudes en question appartiennent à une chose, à un fonds, par opposition à l'usufruit, à l'usage et à l'habitation qui appartiennent toujours à une personne déterminée et s'éteignent avec elle.

De là résultent les conséquences suivantes :

a. La servitude reste attachée accessoirement aux fonds, tant activement que passivement, en quelques mains qu'ils passent. Le droit existera toujours au profit de quiconque sera propriétaire du fonds dominant contre quiconque sera propriétaire du fonds servant.

b. Le propriétaire du fonds dominant ne peut pas rattacher la servitude à un autre fonds qui lui appartient, ni la transmettre au propriétaire d'un autre héritage. De même le propriétaire du fonds servant ne peut pas asseoir la servitude sur un autre fonds, ni s'en affranchir par un rachat, comme un débiteur s'affranchit d'une rente; il n'a qu'un moyen de se soustraire à la servitude, c'est d'abandonner sa propriété.

2^e Elle est indivisible, c'est-à-dire qu'elle ne peut s'acquiescer ni se perdre pour une quote-part ; elle affecte chaque partie du fonds servant pour l'avantage de chaque partie du fonds dominant. On verra plus loin qu'il faut se garder de confondre l'indivisibilité de la servitude avec l'indivisibilité du fait par lequel elle s'exerce. Si la servitude elle-même est indivisible, son exercice peut parfaitement consister dans un fait divisible.

3^e Elle est perpétuelle de sa nature, c'est-à-dire qu'elle existe aussi longtemps que les fonds eux-mêmes dont elle est une dépendance. Mais la perpétuité n'est pas de l'essence de la servitude réelle. On peut convenir qu'une servitude ne durera qu'un certain temps ; on peut constituer un droit de puisage sur un étang qui n'est pas alimenté par des eaux vives.

890. Les servitudes se divisent, au point de vue de leur nature :

1^{re} En servitudes urbaines et en servitudes rurales. Art. 687.

Cette division, d'ailleurs mal formulée dans le Code, ne présente aucune utilité pratique, en présence de la division qui suit.

2^e En servitudes continues et en servitudes discontinues. Art. 688.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage *est* ou *peut* être continuel sans avoir besoin du fait *actuel* de l'homme. Le texte cite comme exemples les conduites d'eau, les égouts et les vues. Il faut, il est vrai, le fait de l'homme pour établir l'aqueduc, l'égout ou le toit d'où découlent les eaux pluviales, et les fenêtres, mais une fois les choses placées dans l'état que suppose la servitude, celle-ci s'exerce d'elle-même (*toute seule*), d'une façon permanente, sans qu'il soit besoin du fait de l'homme (1).

(1) L'exercice de la servitude de vue ne consiste pas dans le fait de regarder, mais dans le fait d'avoir une fenêtre dans un mur qui n'est pas séparé de la propriété voisine par la distance légale.

La servitude est continue une fois que matériellement établie, le fait actuel de l'homme n'est pas toujours nécessaire pour son exercice. Il suffit qu'elle *puisse* s'exercer toute seule, que son exercice puisse survivre au fait de l'homme. Ainsi la servitude d'égout est continue, quoiqu'elle ne s'exerce pas continuellement, parce qu'elle s'exerce d'elle-même dès qu'il vient à pleuvoir. Ainsi encore la servitude d'aqueduc est continue alors même que l'intervention de l'homme est nécessaire pour lever une vanne, parce que les eaux arrivent naturellement sans le fait actuel de l'homme, dès qu'elles sont libres de tout obstacle. P. 1892, II, 318; D. 1894, I, 45.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées. Le texte donne comme exemples les servitudes de passage, de puisage et de pacage. L'exercice de ces servitudes est toujours intermittent; il est toujours rigoureusement lié au fait de l'homme, il commence et finit avec lui, sans jamais lui survivre. D. 1886, I, 316; 1889, I, 193.

3° En servitudes apparentes et en servitudes non apparentes. Art. 689.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des signes extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Il importe peu que ces signes extérieurs soient sur le fonds dominant ou sur le fonds servant; il suffit qu'ils soient de nature à être vus par le propriétaire du fonds servant.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme la servitude de ne pas bâtir sur un fonds, ou de ne pas bâtir au delà d'une hauteur déterminée. D. 1893, II, 273.

Une même servitude peut être tantôt apparente, tantôt non apparente.

Il ne faut jamais confondre l'apparence avec la continuité : l'apparence tient à l'existence d'un signe extérieur; la continuité dépend du mode d'exercice de la servitude.

Une servitude peut être : a. à la fois continue et apparente;

b. continue et non apparente; *c.* discontinue et apparente; *d.* discontinue et non apparente.

Ces deux divisions des servitudes en continues et discontinues, en apparentes et non apparentes, présentent une grande importance au point de vue des modes d'acquisition et d'extinction des servitudes.

4° En servitudes positives et en servitudes négatives.

Les servitudes positives ou affirmatives sont celles dont l'effet immédiat est d'étendre pour le propriétaire du fonds dominant le droit d'*agir* que la loi lui donne normalement, soit sur son propre fonds, soit sur le fonds voisin. Tels sont l'égout des toits et les plantations à des distances moindres que celles que la loi prescrit.

Les servitudes négatives ou prohibitives sont celles qui donnent au propriétaire du fonds dominant le droit de *défendre* au voisin des actes que le droit commun permet à chacun d'accomplir, soit sur son propre fonds, soit sur le fonds contigu. Telles sont la prohibition de planter et celle d'écouler les eaux naturelles.

Cette distinction peut être présentée en d'autres termes : les servitudes positives sont celles qui obligent le propriétaire du fonds servant à souffrir un acte du propriétaire du fonds dominant; les servitudes négatives sont celles qui obligent le propriétaire du fonds servant à ne pas faire quelque chose.

Cette distinction, qui n'est pas formulée expressément par le Code, présente un intérêt juridique au point de vue de l'exercice des servitudes.

Les servitudes positives sont les unes apparentes et les autres non apparentes, comme elles peuvent être continues ou discontinues. Par leur nature même, les servitudes négatives sont toujours continues et non apparentes.

891. Les servitudes se divisent, au point de vue de leur source, en servitudes naturelles, servitudes légales et servitudes établies par le fait de l'homme. Art. 639. L'expression : *établies par le fait de l'homme*, employée à la rubrique des art. 686 et suiv. est préférable à celle de l'art. 639 : *dérivant*

des conventions entre les propriétaires, car elle comprend le testament et la prescription en même temps que les conventions.

Cette distinction tripartite présente plusieurs défauts.

On peut d'abord observer que les servitudes naturelles et les servitudes légales ne forment en réalité qu'une seule et même classe. Les premières sont aussi bien que les secondes imposées par la loi. Il n'y a aucun intérêt à distinguer les servitudes que la nature et la loi s'accordent à consacrer, de celles qui sont uniquement l'œuvre de la toute-puissance du législateur.

Ensuite la dénomination même de *servitude* légale est critiquable. Le mot servitude implique l'idée d'une dérogation au droit commun de la propriété. Or, par définition même, la propriété est un droit limité par la loi. Art. 544. Les limitations *légales* de la propriété ne peuvent donc pas être considérées comme des exceptions proprement dites. Loin d'être des dérogations au droit commun, les restrictions et les charges établies par les art. 640 à 685 forment au contraire le droit commun de la propriété immobilière.

Enfin, la plupart des servitudes légales ne rentrent pas dans la notion de la servitude telle qu'elle est donnée par l'art. 637. On ne saurait considérer les obligations établies entre propriétaires voisins par les textes cités comme des "charges établies sur un fonds pour l'utilité d'un autre fonds". Seules les dispositions des art. 640 et 682, relatives à l'écoulement des eaux et au passage en cas d'enclave, sont en harmonie avec la définition écrite en l'art. 637.

Toutefois il est essentiel de remarquer qu'en les qualifiant de servitudes et en les réglementant dans notre titre, le législateur attribue aux obligations de voisinage les caractères de double réalité accessoire et d'indivisibilité qui appartiennent aux servitudes proprement dites. Elles restent donc attachées accessoirement aux immeubles, activement et passivement, en quelques mains qu'ils passent; elles sont indivisibles également au point de vue actif et au point de vue passif (suprà, n° 889).

892. Des raisons d'ordre didactique nous commandent d'intervertir l'ordre des matières de notre titre pour étudier dans un chapitre 1^{er} les servitudes établies par le fait de l'homme, ensuite dans un chapitre 2^e les servitudes résultant de la situation des biens et dans un 3^e chapitre les servitudes purement légales.

CHAPITRE I^{er}. — DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

Sommaire :

SECTION 1^{re}. — Des conditions requises pour l'établissement des servitudes.

SECTION 2^e. — Des modes d'établissement des servitudes.

§ 1^{er}. — Du titre.

§ 2^e. — De la possession de trente ans.

§ 3^e. — De la destination du père de famille.

SECTION 3^e. — Des modes de preuve des servitudes.

SECTION 4^e. — Des effets des servitudes.

§ 1^{er}. — Des droits du propriétaire du fonds dominant.

§ 2^e. — De la situation du propriétaire du fonds servant.

SECTION 5^e. — Des modes d'extinction des servitudes.

§ 1^{er}. — De l'impossibilité d'exercer la servitude.

§ 2^e. — De la confusion.

§ 3^e. — Du non-usage pendant trente ans.

§ 4^e. — Des principes généraux du droit.

SECTION 1^{re}. — Des conditions requises pour l'établissement des servitudes.

Art. 686.

893. L'art. 686 fait application à notre matière du principe général de la liberté des conventions. Les propriétaires peuvent établir toutes espèces de servitudes réelles, au profit et à la charge de leurs fonds, respectivement, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public.

L'art. 686 ne fait que rappeler les dispositions des art. 6 et 637 en décidant que trois conditions sont requises pour l'établissement d'une servitude réelle :

1° La servitude ne peut être imposée à la personne, mais seulement à un fonds. Le Code n'entend pas défendre à un propriétaire de s'engager personnellement à telle ou telle prestation positive envers autrui, mais ce propriétaire ne contractera ainsi qu'une *obligation* ou dette proprement dite. Ce que le Code ne veut point, c'est qu'un propriétaire contracte tel ou tel engagement de faire en sa qualité de propriétaire de tel fonds, de sorte que la prestation serait due par tout individu qui lui succéderait, même à titre particulier, dans la propriété de ce fonds. Il y a plusieurs raisons de cette prohibition : un motif d'ordre juridique, le droit de servitude étant un droit réel ne peut imposer au propriétaire de la chose qui est grevée, qu'une abstention et non un fait : *cogit potest ad patiendum, non ad faciendum*; un motif d'ordre politique, les servitudes *in faciundo* rappelleraient les services féodaux; ce n'est pas la principale raison de la règle, car cette règle existait déjà en Droit romain.

Deux propriétaires voisins peuvent faire ensemble un contrat aux termes duquel l'un s'engage à procurer à l'autre un certain nombre de litres d'eau tous les jours. Ce contrat est pleinement valable, mais il n'engendre qu'un simple droit de créance, une relation de personne à personne, et non un droit de servitude. L'obligation passera activement et passivement aux successeurs universels des contractants; elle ne passera pas de propriétaire en propriétaire avec un fonds dominant et un fonds servant.

La règle d'après laquelle le propriétaire d'un fonds servant ne peut avoir qu'un rôle purement passif est modifiée par l'art. 698 : le propriétaire du fond assujetti peut être astreint en cette qualité à faire les travaux nécessaires à l'exercice de la servitude. Mais ici la prestation personnelle ne constitue pas la servitude, elle n'en est que l'accessoire. La servitude porte principalement sur le fonds; c'est seulement pour en faciliter l'exercice, que le propriétaire de ce fonds

est tenu de faire certains travaux. La nature de la charge accessoire ne peut changer la nature de la charge principale.

2^o La servitude ne peut être imposée en faveur de la personne, mais seulement pour un fonds, afin d'en augmenter l'utilité ou l'agrément. Prise à la lettre, la formule de l'art. 686 proscrirait les servitudes personnelles! D. 1891, II, 185. Ce que la loi veut prohiber, c'est l'établissement de services qui devraient profiter à une personne *en qualité de propriétaire d'un fonds* et à tous ses successeurs dans la propriété de ce fonds, sans être de nature à profiter au fonds lui-même. Il est essentiel, pour l'établissement d'une servitude réelle que le service profite à un immeuble, que celui-ci se trouve amélioré par le service. Il y a de cette condition la même raison politique que pour la précédente : la crainte de la résurrection des droits féodaux ; il y a de plus la raison économique qui a fait prohiber la perpétuité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. P. 1889, II, 131.

Le droit de se promener sur le fonds d'autrui, d'y chasser, d'y pêcher, de s'y baigner, etc., ne saurait donc être constitué comme servitude réelle, puisqu'il ne donnerait point une plus-value absolue au prétendu fonds dominant. D. 1891, I, 89 ; II, 233 ; 1893, I, 161. Pareil droit ne pourrait être établi que comme droit réel et temporaire d'usage (usufruit restreint), ou comme simple droit de créance par un contrat de bail. — Il faut savoir que le bail lui-même ne peut être fait à perpétuité. (Loi des 18-29 décembre 1790.)

On s'est demandé si une servitude réelle peut être imposée à un fonds dans l'intérêt du commerce ou de l'industrie exercée par le propriétaire d'un autre fonds. La négative est certaine, lorsque la question est ainsi posée. Mais la solution doit changer, s'il est énoncé dans la question que le fonds dit dominant est spécialement aménagé pour l'exercice d'un commerce ou d'une industrie déterminée en vue de laquelle le service est créé. Il a déjà été enseigné qu'on ne doit pas confondre l'exploitation d'un fonds avec le simple exercice d'une profession dans un fonds (suprà, n^o 750).

Quid de la clause d'un acte de vente par laquelle le ven-

leur stipule, dans l'intérêt de la maison contiguë qui lui appartient, qu'on n'exercera pas dans les locaux vendus telle industrie incommode ou insalubre? C'est là la stipulation d'un véritable service foncier. Au point de vue du fonds servant, la clause en question altère les prérogatives du nouveau propriétaire; au point de vue du fonds dominant, elle constitue un avantage réel pour ce fonds, elle en augmente la valeur d'une manière absolue. J. T. 1893, p. 555.

3° Les services ne peuvent avoir rien de contraire à l'ordre public. Parmi les servitudes du fait de l'homme, il y en a qui sont la contre-partie des servitudes légales et qui ont justement pour but de lever des entraves que la loi a cru devoir mettre à la liberté des voisins, mais que ceux-ci, de commun accord, jugent inutiles ou même nuisibles à leurs intérêts particuliers. Ainsi on peut, par convention, affranchir son voisin de la distance à observer pour les plantations. Mais il ne faut pas croire que les voisins puissent, par convention, s'affranchir de toutes les servitudes légales; le principe de la liberté des conventions reçoit ici son exception ordinaire : il n'est pas permis de déroger aux lois d'ordre public. Ainsi on ne peut, par convention, affranchir le voisin des précautions prescrites par l'art. 674 en vue de prévenir les incendies et les écroulements.

SECTION 2^e. — Des modes d'établissement des servitudes.

894. — Les servitudes s'établissent par titre, par la possession de trente ans, ou par la destination du père de famille, d'après les distinctions faites par les art. 690 et suiv.

§ 1^{er} — DE L'ÉTABLISSEMENT PAR TITRE.

Art. 690 et 691, al. 1^{er}.

895. — Toutes les servitudes peuvent s'acquérir par titre.

On sait que le mot titre a une triple acception : il désigne tantôt le fait juridique qui crée, modifie ou éteint un droit (*negotium juridicum*), tantôt une qualité juridique (à titre

d'héritier), tantôt enfin l'écrit destiné à constater un fait juridique (acte instrumentaire). Dans nos art. 690, 691 et 692, le mot titre est employé dans le sens de *negotium juridicum*; dans l'art. 695, au contraire, il est employé dans le sens d'acte instrumentaire. Cette expression : *par titre* est analogue à celle de l'art. 579 : *par la volonté de l'homme*. Le législateur aurait pu indiquer directement par quels titres les servitudes peuvent être établies. Il n'y en a et il ne peut y en avoir que deux : la convention et le testament.

Pas plus ici qu'au n° 818 nous n'avons à entrer dans aucun détail sur les conditions d'existence et de validité des conventions et des testaments. Observons uniquement que la constitution directe d'une servitude réelle est l'aliénation d'un droit réel immobilier, que la capacité d'aliéner des immeubles est plus limitée que celle d'aliéner des meubles, enfin que la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 prescrit et organise la publicité de la transmission entre vifs des immeubles, pour mettre les tiers à l'abri de surprises.

§ 2°. — DE L'ÉTABLISSEMENT PAR PRESCRIPTION.

Art. 690 et 691.

896. Les seules servitudes susceptibles de s'acquérir par la prescription sont celles qui sont à la fois continues et apparentes.

Le Code s'écarte du droit commun de la prescription en deux points fondamentaux :

1° En ce qu'il n'admet l'usucapion qu'à l'égard des servitudes continues et apparentes. On représente souvent cette double condition de la continuité et de l'apparence comme la simple application de ce principe que toute possession, pour pouvoir conduire à la prescription, doit réunir les caractères déterminés par l'art. 2229, et notamment être continue et publique. Cet aperçu est inexact. D'abord on conçoit parfaitement la possession publique d'une servitude non apparente. L'absence d'un signe extérieur de la servi-

tude n'empêche pas que les actes d'exercice de cette servitude ne puissent se produire publiquement. Il faut donc éviter de confondre le défaut d'apparence de la servitude avec le défaut de publicité de sa possession. Ensuite on peut très bien posséder d'une manière continue une servitude discontinue. Il faut savoir, en effet, que la continuité de la possession est compatible avec des intermittences dans les actes d'exercice. La discontinuité d'une servitude n'exclut donc pas nécessairement la continuité de sa possession.

La vérité est que la loi exige ici davantage qu'en matière de prescription acquisitive de propriété ou d'usufruit. Elle aggrave la condition de publicité de l'art. 2229, en exigeant que l'exercice de la servitude se révèle par des signes extérieurs et permanents; elle décide que l'exercice d'une servitude discontinue, même apparente, ne constitue pas un empiétement suffisant pour conduire à la prescription, elle présume que les actes d'exercice de cette servitude présentent toujours un caractère équivoque, qu'il est impossible de savoir s'ils ont été accomplis en vertu d'un droit prétendu par le possesseur ou d'une simple permission donnée par le voisin. Art. 2232.

La possession d'une servitude continue et apparente s'acquiert par l'établissement, *animo domini*, de l'état de choses que supposent l'existence et l'exercice de la servitude. Elle commence à dater de l'achèvement des travaux nécessaires à cet effet.

2° En ce qu'il n'admet que la prescription trentenaire, même en faveur d'un possesseur avec juste titre et bonne foi. Cette dérogation à la règle de l'art. 2265 résulte de la combinaison de notre art. 690 avec l'art. 2264. P. 1875, III, 274.

§ 3°. — DE L'ÉTABLISSEMENT PAR DESTINATION DU PÈRE
DE FAMILLE.

Art. 692, 693 et 694.

897. L'établissement par la destination du père de famille, c'est-à-dire du propriétaire (suprà, n° 855), n'est qu'une

forme particulière de l'établissement par titre. La servitude est établie par l'intention tacite des parties, révélée par les circonstances de fait que la loi détermine. On comprend qu'à la différence de l'établissement ordinaire par titre, ce mode d'établissement ne puisse s'appliquer qu'aux servitudes apparentes.

L'établissement par destination du père de famille suppose :

1° Qu'un propriétaire a créé ou maintenu entre deux fonds lui appartenant (ou entre deux parties d'un même fonds), un rapport de dépendance qui constituerait une servitude si les immeubles appartenaient à deux personnes différentes.

2° Que les deux fonds viennent à être séparés par une cause quelconque : vente, donation, partage, etc.

3° Qu'au moment de la séparation, il existe un signe apparent du service que l'un des fonds rend à l'autre, en vertu de la destination de leur propriétaire primitif.

De ces divers éléments de fait, la loi conclut qu'il est tacitement entendu par les auteurs de la convention ou de la disposition qui opère la séparation des fonds, que l'état de choses créé précédemment continuera de subsister, c'est-à-dire que l'un des fonds continuera de servir à l'autre, et que comme ce service ne pourra plus se faire désormais *jure domini*, il se fera *jure servitutis*.

Ainsi s'explique l'expression de l'art. 692 : " la destination du propriétaire vaut titre ".

898. Quelle est l'étendue de la preuve à faire par celui qui réclame une servitude réelle en soutenant qu'elle a été établie par destination du père de famille ?

Les art. 693 et 694 s'occupent de cette question de *preuve*.

S'agit-il d'une servitude *continue et apparente*, il suffit que le demandeur établisse, de quelque manière que ce soit :

1° Que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire.

2° Que c'est celui-ci qui a établi ou maintenu⁽¹⁾ entre les

(1) Il est évident qu'on ne doit faire aucune distinction entre ces deux cas.

deux fonds, les rapports de dépendance qui existaient au jour de leur séparation et présentaient les caractères de la servitude réclamée.

Il n'est pas tenu de prouver, en outre, que lors de la séparation des fonds, il n'a été fait aucune stipulation contraire à l'établissement de la servitude. Art. 692 et 693.

S'agit-il d'une servitude *discontinue* et *apparente*, il faut :

1^o D'abord que le demandeur fasse la preuve des deux conditions requises par l'art. 693.

2^o De plus, qu'il prouve que le contrat ou le testament qui a opéré la division des fonds n'a renfermé aucune clause contraire à l'établissement de la servitude, preuve qu'il ne pourra faire, en définitive, que par la production du contrat ou du testament en question. Art. 694.

899. D'après notre système d'interprétation des art. 692, 693 et 694, la destination du père de famille est un mode de constitution applicable non seulement aux servitudes continues et apparentes, mais encore à celles qui sont apparentes seulement sans être continues. Il n'y a de distinction à faire entre les premières et les secondes qu'au point de vue de la preuve à fournir par ceux qui les réclament. On peut trouver qu'en faisant cette distinction la loi a accordé à la discontinuité une importance exagérée. Art. 1614 et 1638. D. 1888, I, 364; 1893, I, 526.

Dans un autre système, les art. 692 et 693, seraient relatifs à l'établissement, et l'art. 694 au rétablissement d'une servitude par la destination du père de famille. Pour l'établissement, il faudrait la continuité et l'apparence; pour le rétablissement, il suffirait de la simple apparence. La loi se montrerait donc plus facile pour faire naître une servitude que pour la faire naître ! J. T. 1892, p. 1178.

SECTION 3^e. — Des modes de preuve des servitudes.

Art. 695.

900. Sauf la règle spéciale de l'art. 695, le titre des servitudes ne contient aucune disposition sur les modes

de preuve admissibles en notre matière. Il faut donc décider, en principe, que toute la théorie générale du Code sur la preuve, telle qu'elle est écrite au titre des contrats ou obligations, est applicable à la preuve de l'existence des servitudes. C'est faussement que l'art. 695 suppose que l'existence d'une servitude discontinue ou non apparente ne peut être prouvée que par un acte instrumentaire. Toutes les servitudes, sans distinction, peuvent être prouvées par tous les modes du droit commun. P. 1881, II, 22; D. 1893, I, 82.

Le seul objet de l'art. 635, qui est très mal rédigé, est de décider que l'acte récongnitif (aveu écrit) de l'existence d'une servitude est valable, bien qu'il ne relate point la teneur du titre primordial. Il déroge ainsi à la prescription de l'art. 1337 du titre des obligations.

SECTION 4^e. — Des effets des servitudes.

§ 1^{er}. — DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS DOMINANT.

Art. 686, al. 2, 696 à 700 et 702.

901. L'usage et l'étendue des servitudes établies par titre se règlent par le titre qui les constitue. Art. 686, al. 2. On se trouve alors en présence d'une convention ou d'un testament dont il faut interpréter les termes et fixer les conséquences. Si le titre constitutif est muet, il faut admettre que la servitude ne peut être exercée que pour l'utilité du fonds dominant, dans la limite de ses besoins, et que ses besoins doivent être appréciés eu égard à l'état où il se trouvait au moment où la servitude a été établie. Art. 637, 686 et 702.

S'il s'agit d'une servitude acquise par prescription, son étendue se mesure sur celle de la possession qui a été exercée, suivant le principe : *tantum præscriptum quantum possessum*.

Quant aux servitudes constituées par la destination du père de famille, leur étendue est déterminée par l'état des choses existant au moment de la séparation des deux héritages.

Le droit de servitude légalement acquis emporte les droits accessoires nécessaires à son exercice, d'après sa nature. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage. Art. 696. Ces servitudes accessoires suivent, bien entendu, le sort de la servitude principale; elles s'éteignent avec elle.

902. Le propriétaire du fonds dominant a le droit d'exercer la servitude avec toute l'étendue qu'elle comporte, mais rien de plus. Il ne peut faire de changements de nature à aggraver la condition du fonds servant. Art. 702. Peu importe que ces changements soient faits sur le fonds servant ou sur le fonds dominant. Ainsi dans une servitude d'écoulement d'eau, le propriétaire du fonds dominant ne peut pas faire sur son fonds de travaux augmentant le volume de l'eau et les dangers que son passage peut faire courir au fonds inférieur.

903. Le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire, sur l'héritage servant, tous les ouvrages nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude. Art. 697.

En règle générale, les travaux sont aux frais de celui à qui la servitude est due, et non à la charge du propriétaire du fonds servant. Art. 698. C'est là une conséquence du principe que la charge qui résulte d'une servitude ne peut consister *in faciendo*.

Par exception, l'art. 698 permet aux parties qui établissent une servitude, de convenir que le propriétaire du fonds assujetti devra faire à ses frais les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude. C'est là la stipulation d'une obligation réelle accessoire à la servitude; le véritable débiteur des travaux, c'est le fonds servant représenté par son propriétaire. De là, les conséquences suivantes:

1^o Cette obligation de faire, attachée au sol, s'impose non seulement au constituant, mais encore à tous ses successeurs, même à titre particulier, dans la propriété du fonds assujetti.

2^o Le propriétaire du fonds servant peut toujours s'affranchir de cette obligation, en abandonnant au propriétaire du

fonds dominant la partie du fonds servant sur laquelle porte la servitude. N'étant tenu que *propter rem*, il peut se soustraire à l'obligation en abandonnant le fonds assujetti. Art. 699. Cette expression : *le fonds assujetti*, de l'art. 699, doit être raisonnablement entendue, d'après la nature de la servitude. Si une portion seulement du fonds est assujettie, il suffit d'abandonner cette portion; si, au contraire, le fonds tout entier est assujetti, il faut l'abandonner en totalité.

904. La servitude est une qualité du fonds dominant et du fonds servant. Or une qualité doit se retrouver dans les parties comme dans le tout. La servitude, considérée en elle-même, est donc indivisible.

L'art. 700 tire une conséquence de ce principe, en décidant que si le fonds dominant vient à être divisé, la servitude reste due à chaque portion de l'immeuble. Mais le texte ajoute avec raison cette restriction : sans néanmoins que la condition du fonds servant puisse être aggravée; ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une servitude de passage, les propriétaires des différents lots devront tous passer par le même endroit ⁽¹⁾.

Il faut se garder de confondre la question de l'indivisibilité de la servitude considérée en elle-même, avec la question de l'indivisibilité de l'utilité qu'elle est susceptible de procurer au fonds dominant. Si la servitude est toujours indivisible, son exercice peut parfois consister dans un fait divisible. Ainsi l'exercice du droit de prendre à une source tant d'hectolitres d'eau est parfaitement divisible. Alors, en cas de partage ou de cession partielle du fonds dominant, son exercice se divise entre les divers ayants droit, proportionnellement à la portion du fonds dominant qui leur est échue.

(1) C'est par erreur que le texte dit *copropriétaires*, puisque l'indivision a cessé par le partage du fonds dominant.

§ 2^e. — DE LA SITUATION DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS SERVANT.

Art. 701.

905. Le propriétaire du fonds servant, obligé de subir la servitude, ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre moins commode. Il ne peut modifier ni l'assiette ni le mode de la servitude.

Après avoir posé ce principe, l'art. 701 y apporte un tempérament fondé sur l'équité. Si l'assiette de la servitude devient plus onéreuse au propriétaire du fonds servant, ou si elle l'empêche de faire des réparations avantageuses, il peut offrir au propriétaire du fonds dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne peut le refuser. D. 1883, I, 288.

906. Le propriétaire du fonds servant conserve toutes les facultés légales inhérentes à la propriété, pourvu que leur exercice ne mette aucun obstacle à la servitude et n'entraîne aucune diminution de son utilité. Ainsi le propriétaire dont le fonds est assujéti à un droit de passage, n'est pas moins en droit de se clore, pourvu qu'il laisse une porte de communication convenable entre le fonds dominant et le sien. D. 1892, II, 176.

907. Si le fonds servant vient à être divisé en plusieurs parties, soit par l'effet d'une vente consentie par le propriétaire, soit par l'effet d'un partage entre les héritiers du propriétaire décédé, cette division ne portera aucune atteinte au droit du fonds dominant, qui s'exercera sur le fonds servant absolument comme si cette division n'avait pas eu lieu.

SECTION 5^e. — Des modes d'extinction des servitudes

908. Les art. 703 et suivants signalent trois causes d'extinction des servitudes : le changement des lieux produisant l'impossibilité d'user de la servitude ; la confusion ; le non-usage pendant trente ans. Il faut ajouter à cette liste les divers modes d'extinction qui résultent des principes généraux du droit.

§ 1^{er}. — DE L'IMPOSSIBILITÉ D'EXERCER LA SERVITUDE.

Art. 703 et 704.

909. Aux termes des art. 703 et 704, les servitudes *cessent* lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user, mais elles *revivent* si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user. Ce langage est inexact ; il n'y a point d'extinction immédiate de la servitude par l'obstacle apporté à son exercice. Le système des art. 703 et 704 est d'assimiler l'impossibilité d'exercice aux autres cas de non-usage, en soumettant toutes ces hypothèses à la même théorie de la prescription extinctive par trente années. Art. 706. Cette interprétation se fonde sur la finale de l'art. 704 : à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un temps suffisant pour faire présumer l'*extinction* de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'art. 707 ; elle se fonde aussi sur les termes dans lesquels l'art. 665 fait une application particulière de la règle de l'art. 704 : lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives ou passives se *continuent* à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, etc.

L'intérêt de la remarque qui vient d'être faite est que l'on devra appliquer au délai de trente ans dont parle l'art. 704, les règles générales sur la suspension et l'interruption des prescriptions. Au contraire, ces règles de la suspension et de l'interruption devraient être écartées, si le délai établi par l'art. 704 constituait un délai préfix, étranger au système de la prescription extinctive.

Le point de départ du délai de trente années, dans l'hypothèse de l'art. 704, est au jour où s'est accompli le fait matériel qui a entraîné l'impossibilité d'exercer la servitude.

910. Le système des art. 703 et 704 n'est pas en harmonie avec celui de l'art. 617, in fine. Quand une maison qui formait l'objet de l'usufruit a été entièrement détruite, la reconstruction de cette maison ne fait pas renaître l'usufruit. Au contraire, quand un bâtiment auquel des servitudes réelles étaient attachées vient à s'écrouler, le nouveau bâti-

ment qui est élevé à sa place profite ou pâtit des anciennes servitudes.

§ 2°. — DE LA CONFUSION.

Art. 705.

911. La réunion sur la même tête du fonds dominant et du fonds servant amène l'extinction de la servitude par voie de confusion. Que le propriétaire unique maintienne ou non l'état antérieur, il n'y a plus de servitude. Art. 637.

Pour que la confusion produise cet effet d'une manière irrévocable, il faut que l'acte juridique qui opère la réunion des deux fonds soit lui-même irrévocable ; s'il était entaché de nullité ou présentait quelque cause de résolution, son anéantissement ferait apparaître à nouveau l'ancienne servitude. Mais si le propriétaire aliénait volontairement l'un des deux fonds, ce fait ne ferait pas *renaître* la servitude éteinte, à moins que les circonstances ne permissent d'invoquer le rétablissement de la servitude par la destination du père de famille. Art. 694.

§ 3°. — DU NON-USAGE PENDANT TRENTE ANS.

Art. 706 à 710.

912. L'art. 706 n'est qu'une application du principe général de la prescription extinctive à la matière des servitudes réelles. Art. 2262.

Conformément au droit commun de la prescription, l'art. 706 ne distingue pas si l'usage a été volontairement négligé ou s'il a été empêché par des circonstances majeures ou fortuites. Les art. 703 et 704 ont déjà montré que trente ans de non-usage, même par suite d'une impossibilité matérielle, entraînent l'extinction de la servitude. Il n'y a là rien d'injuste à l'égard du titulaire de la servitude : il peut toujours empêcher la prescription de s'accomplir en obtenant du propriétaire du fonds servant une reconnaissance volontaire

ou judiciaire de la servitude. P. 1871, II, 7; D. 1889, I, 401.

913. Si les servitudes continues et apparentes sont les seules qui puissent être établies par la prescription acquisitive, toutes les servitudes, quelles qu'elles soient, sont susceptibles de s'éteindre par le non-usage durant trente ans, sans que la persistance d'un signe extérieur puisse les conserver.

L'art. 707 fixe le point de départ du non-usage suivant les diverses espèces de servitudes. Les trente ans se comptent à partir du dernier acte accompli en conformité à la servitude si elle est discontinue, et à partir du moment où il est survenu un obstacle matériel au fonctionnement spontané de la servitude si elle est continue. La finale de l'art. 707 ne s'exprime pas d'une manière assez large en disant : "*du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude* „; il n'est pas nécessaire que l'obstacle soit l'œuvre de l'homme, il peut aussi provenir de quelque accident.

914. L'art. 706 décide que le non-usage entraîne l'extinction de la servitude. Par voie de conséquence, l'art. 708 admet qu'un usage partiel, incomplet, ne conserve la servitude que dans la limite où elle a été exercée. On appelle *mode* de la servitude la manière dont elle peut être exercée, l'étendue des avantages qu'elle confère. Il résulte très nettement du texte de l'art. 708, que tout exercice restreint de la servitude continué pendant trente ans, doit avoir pour résultat une restriction correspondante dans la servitude elle-même. P. 1878, II, 205; D. 1883, I, 341.

L'art. 708 est étranger à la question de savoir si l'étendue d'une servitude peut être augmentée par la prescription; il ne statue que sur une question de prescription extinctive, non sur une question de prescription acquisitive. La solution doit être cherchée dans les art. 690 et suiv. S'agit-il d'une servitude discontinue ou non apparente, la prescription, qui ne peut s'appliquer à l'acquisition de pareille servitude, ne peut servir à en augmenter le mode. Art. 691. S'agit-il d'une servitude continue et apparente, la prescription, qui peut faire acquérir la servitude elle-même, peut à *fortiori* faire

acquérir un mode d'exercice plus avantageux de cette même servitude. Art. 690.

915. On a déjà fait remarquer que toutes les règles relatives à la suspension et à l'interruption des prescriptions doivent être appliquées en notre matière. Les art. 707 et 710 combinent ces règles avec le principe de l'indivisibilité des servitudes, pour l'hypothèse où le fonds dominant appartient par indivis à plusieurs personnes. Le droit conservé par l'un des copropriétaires contre lequel la prescription n'a point couru, soit parce qu'il a exercé la servitude, soit parce qu'une cause de suspension a existé à son égard, est conservé pour l'immeuble lui-même, et par conséquent pour tous les copropriétaires.

Soit donc un fonds indivis entre trois personnes; ce fonds avait le droit de prendre à la fontaine du voisin trois tonnes d'eau par semaine. L'un des copropriétaires a pris, pendant trente ans, une seule tonne d'eau; les deux autres n'ont pas usé du tout de la servitude. Cette servitude est modifiée pour tous les trois par le non-usage, et restreinte, en conséquence, à une seule tonne. Art. 708. Mais telle qu'elle est restée, la servitude appartient encore à tout le fonds et à chacune de ses parties. Art. 709.

Les art. 709 et 710 ne concernent que l'hypothèse de l'indivision du fonds dominant. Le partage rompt le lien qui existait entre les copropriétaires. Le partage opéré, il y a autant de servitudes distinctes qu'il a été fait de portions du fonds dominant. Chacune de ces servitudes se conservera et s'éteindra conformément au droit commun, sans que l'interruption ou la suspension qui se réalisera dans la personne de l'un des propriétaires loti, puisse profiter aux autres propriétaires.

§ 4^e. — DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT.

916. Les servitudes s'éteignent encore :

1^o Par l'expiration du laps de temps pour lequel elles ont été constituées ;

2° Par l'accomplissement de la condition résolutoire à laquelle elles ont été soumises lors de leur établissement ;

3° Par la résolution du droit du constituant sur le fonds grevé de la servitude ⁽¹⁾ ;

4° Par la renonciation émanée du propriétaire du fonds dominant. Rien n'empêche que cette renonciation soit faite tacitement. P. 1868, II, 171 ; D. 1889, I, 473.

917. L'extinction des servitudes réelles peut-elle résulter indirectement de la prescription acquisitive par dix ou vingt ans, conformément à l'art. 2265, lorsqu'un tiers ayant juste titre et bonne foi possède le fonds servant *comme libre de servitude* ? On suppose bien entendu que la possession de ce tiers réunit les caractères exigés par l'art. 2229 et que l'usucapion de la liberté du fonds n'est ni suspendue ni interrompue en faveur du titulaire de la servitude (comp. n° 883).

La négative est généralement admise. On se fonde sur le rapprochement des art. 606 et 2264 pour écarter l'application de l'art. 2265 à notre matière. D. 1876, I, 423.

L'affirmative doit être préférée. Elle nous paraît imposée par ce principe de la prescription acquisitive : *tantum praescriptum quantum possessum*. Art. 2265 et 2180, 4°. L'objection tirée de la combinaison des art. 706 et 2264 n'est pas fondée, parce qu'il ne s'agit pas ici, à proprement parler, de la prescription extinctive par le non-usage, mais du plus ou moins d'étendue à donner aux effets de la prescription acquisitive du fonds servant.

CHAPITRE II. — DES SERVITUDES LÉGALES.

918. Les servitudes légales ont pour objet l'utilité publique ou l'utilité des particuliers. Art. 649.

Les restrictions apportées au droit de propriété unique-

(1) Il n'y a aucune raison pour que la servitude constituée au profit d'un fonds, vienne à s'éteindre par la résolution du droit de propriété de celui auquel ce fonds appartenait lors de la constitution de la servitude. D. 1890, II, 77.

ment par des motifs d'intérêt public rentrent dans le cadre du cours de droit administratif. Art. 650.

Parmi les servitudes légales dites d'utilité privée, il en est quelques-unes que le Code a établies autant pour des raisons d'intérêt public que pour l'intérêt réciproque des particuliers. Telle est celle de l'art. 663.

SECTION 1^{re}. — Des avantages et des charges résultant des eaux.

Sommaire :

§ 1^{er}. — Des eaux à leur naissance.

§ 2^e. — Des eaux dans leur cours.

I. De la charge imposée aux fonds inférieurs.

II. Des droits des propriétaires de ces fonds.

§ 3^e. — Des règles spéciales du Code rural sur les eaux.

§ 1^{er}. — DES EAUX A LEUR NAISSANCE.

Art. 641 à 643.

919. En principe, celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté. Art. 641. Le propriétaire peut donc à son gré laisser couler l'eau de la source sur les fonds inférieurs, selon la pente naturelle de son terrain, ou bien l'absorber complètement, en l'employant à tels usages que bon lui semble, ou bien encore détourner son cours en faveur d'un voisin autre que celui auquel elle est naturellement destinée. La propriété d'une source doit s'entendre du droit de faire ces différents actes, l'eau de la source étant en elle-même une *res nullius* (*).

Le droit du propriétaire du lieu d'origine de la source est absolu. Les propriétaires inférieurs n'ont aucune action en dommages-intérêts contre lui, lorsqu'ils se trouvent privés

(*) On sait que ce droit du propriétaire du lieu d'origine de la source n'empêche point les propriétaires voisins de faire dans leurs fonds telles fouilles qu'il leur convient. Art. 552, al. 3 (supra, nos 781 et 794).

par son fait de l'eau que leur amenait la disposition naturelle des héritages. *Qui jure suo utitur neminem lædit.*

A ce pouvoir absolu du propriétaire du lieu d'origine de la source, les art. 641 et 643 apportent deux restrictions. La première a lieu lorsque le propriétaire du fonds inférieur a acquis un droit de servitude à l'écoulement de l'eau sur son fonds; la seconde, lorsque le cours de la source fournit à une agglomération d'habitants l'eau qui leur est nécessaire; en ce cas, une indemnité est due au propriétaire de la source, qui subit une sorte d'expropriation.

920. Acquérir un droit d'usage sur la source jaillissant du fonds supérieur, c'est, pour le propriétaire inférieur, devenir titulaire d'une véritable servitude. Art. 637 et 686. Aussi l'art. 641, in fine, dit-il que ce droit d'usage peut être acquis par titre ou par prescription. Il faut ajouter, malgré le silence de l'article, que l'acquisition de ce droit peut également avoir lieu par destination du père de famille, conformément à l'art. 692.

L'art. 642 détermine les conditions de l'usucapion de cette servitude qui va enlever au propriétaire du fonds supérieur le droit de disposer librement de l'eau qui prend naissance sur son fonds. Il ne suffit évidemment pas que le propriétaire de l'héritage supérieur laisse couler l'eau vers le fonds inférieur pendant trente ans. C'est pour lui une pure *faculté* de laisser l'eau suivre la pente de son terrain; or, les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession, ni prescription. Art. 2232. D'un autre côté, en recevant l'eau de la source, le propriétaire inférieur ne fait que se soumettre à une obligation à laquelle il ne peut se soustraire, art. 640; le fait de supporter une charge imposée à son fonds ne peut devenir pour lui l'origine d'un droit.

1° Il faut une jouissance non interrompue pendant trente années. Cela est conforme au droit commun de la prescription acquisitive des servitudes. Art. 690. On doit admettre pour ce délai les causes de suspension et d'interruption reconnues en matière de prescription.

2° Il faut une jouissance manifestée par des travaux appa-

rents faits et achevés par le propriétaire du fonds inférieur.

a. Des travaux apparents, c'est-à-dire visibles pour le propriétaire du fonds supérieur. Cela est conforme au système des art. 690 et 691.

b. Des travaux faits et terminés par le propriétaire du fonds inférieur. C'est l'application des principes généraux en matière de prescription acquisitive. Art. 2228 et suiv.

Les trente ans ne commencent à courir qu'à dater de l'achèvement des travaux. Des travaux en cours d'exécution ne sauraient être considérés comme l'empiètement définitif nécessaire pour conduire à la prescription.

Il est manifeste que le propriétaire du fonds inférieur ne peut pas être admis à se prévaloir de travaux effectués par le propriétaire de la source dans son intérêt à lui.

En principe, les travaux qui se trouvent sur un fonds sont toujours présumés avoir été faits par le propriétaire de ce fonds. Mais cette présomption légale de l'art. 553 peut être combattue par tous moyens de droit et notamment par la preuve testimoniale et la preuve par présomptions humaines.

3° Il faut que les travaux soient destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur.

Cette expression : *faciliter la chute*, implique que les travaux doivent avoir été faits au moins en partie sur le fonds supérieur d'où sort la source. Il faut être sur un fonds pour faciliter une chute à se produire de ce fonds. Des travaux exécutés uniquement sur le fonds inférieur pourraient bien faciliter le cours de l'eau, mais ils ne faciliteraient pas sa chute. Pour qu'ils la facilitent, il faut qu'ils soient faits au point où l'eau quitte le fonds supérieur pour entrer sur le fonds inférieur, c'est-à-dire sur la limite extrême du fonds supérieur.

Ainsi entendue cette condition est encore rigoureusement conforme au droit commun de la prescription acquisitive. Toute usucapion, en effet, suppose nécessairement un empiètement sur le droit d'autrui. Or, le propriétaire inférieur qui se borne à faire des travaux sur son propre terrain, n'empiète en rien sur le droit du propriétaire supérieur; il ne commet aucune usurpation contre lui.

Plusieurs auteurs s'autorisent cependant des travaux préparatoires du Code pour soutenir que l'art. 642 a voulu admettre une prescription *sans empiètement*; d'après eux, les travaux faits uniquement sur le fonds inférieur seraient suffisants pour faire courir la prescription contre le fonds supérieur. J. Liège, 1893, p. 132; D. 1893, I, 595.

921. Nos textes ne parlent pas des eaux pluviales. Il est clair qu'il faut dire de l'eau qui tombe du ciel sur un fonds ce que les art. 641 et 642 décident au sujet de l'eau qui jaillit des profondeurs de ce fonds. Le propriétaire peut donc en user à sa volonté, à moins que le propriétaire du fonds inférieur n'ait acquis, dans les conditions déterminées par l'art. 642, le droit de l'obliger à la laisser couler à son profit.

§ 2^e. — DES EAUX DANS LEUR COURS.

I. *De la charge imposée aux fonds inférieurs.*

Art. 640 et 681.

922. Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. Art. 640, al. 1^{er}.

La loi se borne à consacrer ici l'œuvre de la nature. Notre texte ne s'applique qu'aux eaux naturelles, c'est-à-dire aux eaux qui proviennent *naturellement* d'un fonds en s'écoulant selon la pente *naturelle* du terrain. Quelle que soit l'origine de ces eaux, eaux de source ayant jailli d'elles-mêmes, eaux de pluies ou d'infiltrations, eaux de fonte des neiges, peu importe; dès lors, qu'elles suivent le cours que l'inclinaison naturelle du terrain leur donne, les héritages inférieurs sont tenus de les recevoir, et cela sans indemnité.

Mais notre texte ne concerne pas les eaux dont l'écoulement est déterminé ou facilité par le travail de l'homme, comme les eaux provenant d'un puits artésien, les eaux ménagères ou industrielles et les eaux de citernes ou

d'étangs creusés de main d'homme. Pour toutes ces eaux artificielles, le propriétaire qui les a fait surgir ou qui les a réunies, doit en supporter les inconvénients. Le propriétaire du fonds inférieur n'est pas obligé de les recevoir, à moins qu'il n'y soit tenu en vertu d'une servitude constituée par le fait de l'homme.

923. Le propriétaire du fonds inférieur ne peut faire aucun travail de quelque nature que ce soit qui aurait pour effet d'arrêter ou d'entraver le libre écoulement des eaux naturelles du fonds supérieur. S'il veut se clore par un mur, il doit y laisser des ouvertures pour le passage des eaux. L'art. 640, al. 2 n'est qu'une application du principe de l'art. 701. P. 1892, III, 87; J. Liège, 1891, p. 41.

Le propriétaire inférieur n'est tenu à aucun acte positif pour assurer l'exercice de la servitude. Si des obstacles à l'écoulement des eaux se forment naturellement sur son fonds, sans sa participation, il n'est pas obligé de les faire disparaître. C'est au propriétaire du fonds supérieur à les enlever à ses frais, selon les règles des art. 697 et 698. D. 1884, I, 277.

924. Conformément au principe de l'art. 702, l'art. 640, al. 3 dispose que le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. Il ne peut, par exemple, corrompre l'eau par un usage industriel ou faire des travaux qui lui donnent un cours plus rapide ou un volume plus considérable. P. 1891, II, 302.

On s'accorde toutefois à décider que l'art. 640, al. 3, n'interdit pas au propriétaire supérieur de modifier le mode d'exploitation de son fonds, d'y tracer des sillons, des rigoles et des chemins pour les besoins de sa culture. C'est que toute disposition légale doit être entendue *civiter*, humainement, raisonnablement. Les fonds sont naturellement destinés à la culture, et par suite les eaux qui découlent d'un fonds cultivé peuvent être considérées comme des eaux qui en découlent naturellement, bien que la culture ait quelque peu modifié la direction que la nature avait imprimée aux eaux. D. 1887, I, 203; P. 1892, II, 373.

L'art. 681 est en harmonie avec notre art. 640, al. 3. Il dispose que tout propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin.

Lorsque, contrairement à cette disposition, un propriétaire dispose son toit de façon à jeter ses eaux sur le fonds du voisin, il se met en possession d'une servitude continue et apparente, susceptible d'acquisition par possession trentenaire.

Si le propriétaire supérieur ne peut pas obliger le propriétaire inférieur à recevoir directement les eaux pluviales qui découlent de la toiture de son bâtiment, il peut les lui transmettre après les avoir recueillies sur son propre fonds, sous cette double condition que la pente naturelle du terrain les y conduise et qu'elles ne causent pas plus de préjudice au voisin que les eaux qui découleraient naturellement du terrain supérieur, s'il était nu de constructions.

925. A quelles conditions le fonds inférieur peut-il être libéré de l'obligation de recevoir les eaux naturelles du fonds supérieur ?

Cette obligation constitue une véritable servitude, selon la définition de l'art. 637 ; le Code lui donne d'ailleurs cette dénomination dans la rubrique des art. 640 à 648 et dans le texte de notre art. 640, al. 3. La question de savoir à quelles conditions son extinction est subordonnée se trouve donc résolue par les art. 706 et 707. La servitude s'éteint par le non-usage prolongé pendant trente ans, à partir du jour où il a été exécuté un travail formant un obstacle permanent à son exercice. Comme il s'agit d'une prescription extinctive et non d'une usucapion de servitude, il importe peu que l'acte contraire ait été accompli par le propriétaire du fonds servant ou par celui du fonds dominant et que l'obstacle matériel ait été établi sur le fonds dominant ou servant. D. 1887, I, 209.

II. Des droits des propriétaires des fonds inférieurs.

Art. 644 et 645.

926. Il s'agit ici des eaux sorties du domaine où elles ont pris naissance. P. 1869, II, 272.

Les riverains des cours d'eau formant dépendance du domaine public, c'est-à-dire des fleuves ou des rivières navigables ou flottables (suprà, n° 772), n'ont aucun *droit* sur les eaux qui y circulent. Les concessions accordées par le gouvernement sur des rivières navigables ou flottables sont essentiellement révocables.

Les riverains des cours d'eau non navigables ni flottables ont sur ces *res communes* (suprà, n° 775) certains droits d'usage réglés par nos art. 644 et 645.

Ces droits d'usage n'appartiennent qu'aux propriétaires riverains. C'est la situation de la propriété par rapport à l'eau courante qui donne la qualité de riverain. Celui dont la propriété est séparée du cours d'eau par un chemin public ne peut réclamer les avantages inscrits dans l'art. 644 ; c'est le chemin dans ce cas qui est la propriété riveraine. P. 1891, III, 362. Mais rien ne s'oppose à ce que les droits d'usage consacrés par l'art. 644 en faveur des riverains, *comme un attribut de leur propriété*, puissent être acquis contre eux par des tiers non riverains, à titre de servitude établie par le fait de l'homme. P. 1892, II, 318 ; D. 1894, II, 55.

927. Les droits des propriétaires riverains ne sont jamais absolus, comme celui du propriétaire du lieu d'origine de la source. D. 1890, I, 360.

Ils varient suivant que leur propriété borde simplement l'eau courante ou qu'elle est traversée par elle. Une propriété borde l'eau courante lorsque le cours d'eau lui sert de limite ; elle est traversée par l'eau courante lorsque le cours d'eau entre dans la propriété.

Lorsque le cours d'eau traverse un héritage, le droit du propriétaire n'est limité que par celui des propriétaires inférieurs. Il peut non seulement se servir de l'eau, mais

encore en changer le cours, à la condition de lui rendre son cours ordinaire à la sortie de l'héritage. Art. 644, al. 2. Lorsque le cours d'eau sépare deux héritages différents, le droit de chaque propriétaire est limité par le droit égal de l'autre et par celui des propriétaires inférieurs. Chacun des riverains peut simplement se servir de l'eau; il n'a pas le droit d'en changer le cours. Art. 644, al. 1^{er}.

Le droit de tout propriétaire riverain de se servir de l'eau à son passage doit être nettement précisé. Jamais ce droit ne va jusqu'à permettre d'absorber l'eau en totalité ou de la corrompre, au préjudice des autres riverains. Art. 645. Jamais non plus ce droit n'est limité au simple usage de l'eau pour l'irrigation des propriétés. La rédaction de l'art. 644, al. 1^{er}, est défectueuse. Tout riverain, même celui qui n'est propriétaire que d'une seule rive, peut se servir de l'eau pour toute espèce d'usage, domestique, industriel ou agricole, à la condition de ne pas la corrompre. P. 1874, II, 12, D. 1887, I, 199.

Le droit de chaque riverain n'est pas non plus limité quant aux propriétés dans lesquelles il peut utiliser l'eau. Il peut se servir de l'eau, dans la mesure réglée par l'art. 645, même pour l'utilité de ses propriétés non riveraines. D. 1888, I, 75.

§ 3^e. — DES RÉGLES SPÉCIALES DU CODE RURAL SUR LES EAUX.

928. Les art. 15 à 20 du Code rural dérogent à nos art. 640 et 643 dans les règles qu'ils établissent sur les servitudes pour l'irrigation, le dessèchement et le drainage des propriétés rurales.

SECTION 2^e. — Du bornage et des clôtures.

Sommaire :

§ 1^{er}. — Du bornage.

§ 2^e. — Des clôtures.

I. Du droit de se clore.

II. De l'obligation de se clore.

§ 1^{er}. — DU BORNAGE.

Art. 646.

929. On appelle bornage, une opération contradictoire qui consiste à déterminer, au moyen de signes extérieurs et permanents, appelés bornes, la ligne séparative de deux fonds contigus.

Tout propriétaire, dit l'art. 646, peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës, et l'art. 38 du Code rural ajoute qu'il peut exiger que le bornage soit constaté par des procès-verbaux et des plans dressés en double et signés par les parties conformément à notre art. 1325.

Lorsque le voisin refuse de prendre part à l'opération du bornage, le juge peut désigner un expert qui sera présent à l'opération et en signera les procès-verbaux, en son lieu et place. Art. 39 du Code rural.

930. Le bornage se fait toujours à frais communs, c'est-à-dire à moitié frais et non en proportion de la valeur ou de l'étendue des deux fonds. Art. 646 in fine. La raison en est que le bornage présente toujours le même avantage pour les deux propriétaires, l'avantage de prévenir des contestations postérieures.

Cette règle ne s'applique qu'aux frais du bornage lui-même, c'est-à-dire au prix des bornes et de leur plantation et au coût du procès-verbal. Les frais de l'arpentage préalable, lorsqu'il a été nécessaire de procéder à cette opération, doivent être supportés par les propriétaires proportionnellement à l'étendue de leurs héritages.

§ 2^e. — DES CLÔTURES.

I. *Du droit de se clore.*

Art. 647 et 648.

931. Tout propriétaire peut clore son héritage. Art. 647. C'est là une conséquence naturelle du droit de propriété. Si les auteurs du Code ont cru devoir formuler expressément

une règle aussi évidente, c'est que le droit de se clore était soumis autrefois à des restrictions considérables, résultant du droit de chasse réservé au seigneur et des droits de vaine pâture et de parcours.

La règle de l'art. 647 ne va pas jusqu'à permettre à celui qui est grevé d'une servitude légale, ou du fait de l'homme, autorisant l'entrée ou le passage du voisin, de s'affranchir de cette servitude en clôturant entièrement son héritage. Il doit laisser un libre accès au titulaire de la servitude (par exemple, porte avec clef à remettre à ce voisin). Telle est la signification de la restriction finale de l'art. 647, qui est mal rédigée. Cette restriction n'est que l'application du principe de l'art. 701. Elle devrait être ainsi conçue : toutefois, si le fonds est soumis à une servitude autorisant l'entrée ou le passage du voisin, la faculté d'exercer la servitude doit être ménagée. D. 1892, II, 176.

L'art. 648 décide avec raison que les droits de parcours et de vaine pâture n'empêchent pas le propriétaire de se clore, mais que le propriétaire qui se clôt perd son droit au parcours et à la vaine pâture, en proportion du terrain qu'il y soustrait. Aujourd'hui le parcours et la vaine pâture n'existent plus que dans quelques endroits. Ils sont réglés par les art. 23 à 28 du Code rural.

932. En principe, le propriétaire peut clore son fonds à la hauteur qu'il veut. Rien ne l'empêche d'établir une clôture très élevée qui gêne absolument la vue de son voisin. Il n'en serait autrement que si son fonds était grevé d'une servitude de prospect établie par le fait de l'homme.

Chacun peut choisir le système de clôture qui lui convient.

En principe, le propriétaire peut établir sa clôture au point extrême de sa propriété, tout contre l'immeuble de son voisin. Ce principe subit exception en ce qui concerne les fossés et les haies vives. Art. 30 du Code rural.

En principe, le propriétaire d'une clôture ne peut passer sur le fonds du voisin pour faire les travaux de réparation de la clôture. Ce principe subit exception en ce qui concerne les haies et les murs établis contre un champ. Art. 31 du Code rural. P. 1889, III, 156.

II. De l'obligation de se clore.

Art. 663.

933. Dans les villes et faubourgs, tout propriétaire peut contraindre son voisin à contribuer à la *construction* et à l'*entretien* d'un mur mitoyen destiné à séparer leurs fonds. Cette atteinte au droit de propriété a pour but d'assurer la tranquillité publique dans les grandes agglomérations; elle est destinée à prévenir les querelles et les violences entre voisins.

L'art. 663 ne s'applique qu'aux héritages situés dans les villes et faubourgs. Aucun texte de loi ne dit ce que l'on doit entendre par *villes et faubourgs*. A défaut de toute définition ou classification légale, il faut donner à ces mots leur sens usuel, par opposition au mot *campagnes*. Les villes et faubourgs sont des agglomérations de maisons dont les habitants se livrent, pour la plupart, au négoce et à l'industrie, ou à l'exercice des professions libérales. Les campagnes sont des villages dont la population est principalement composée de cultivateurs disséminés autour d'une église. Une population est donc urbaine ou rurale suivant son genre de vie et ses occupations. P. 1889, I, 185; 1898, III, 113; 1891, III, 146; J. Liège, 1893, p. 333.

L'art. 663 ne s'applique pas indistinctement à toute espèce d'héritages contigus dans les villes et faubourgs; il n'établit le principe de la clôture forcée qu'entre *maisons, cours et jardins*. L'art. 663 ne s'applique pas lorsqu'il s'agit d'une cour ou jardin d'un côté, et d'une prairie de l'autre. P. 1857, I, 310.

L'existence d'une haie n'empêche pas que l'on puisse exiger la construction d'un mur.

Quant à la hauteur du mur, l'art. 663 s'en réfère aux règlements et usages locaux. A défaut de règlements et d'usages, il la fixe lui-même diversement, suivant le chiffre de la population.

934. L'art. 663 présente le caractère d'une disposition de police et de sûreté.

De là résultent deux conséquences :

1^o Toute convention par laquelle les voisins s'affranchiraient respectivement de l'obligation de se clore serait inopérante. Art. 6. Il en serait de même de la convention par laquelle ils s'engageraient à maintenir un mode de clôture, haie ou palissade, moins onéreux qu'un mur de la hauteur légale.

2^o L'un des voisins ne pourrait pas se soustraire à l'obligation de contribuer à la construction d'un mur de clôture, en faisant simplement l'abandon de la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. Il ne pourrait pas non plus s'affranchir de l'obligation de contribuer aux réparations du mur établi conformément à l'art. 663, en faisant à l'autre l'abandon de son droit de mitoyenneté. L'art. 656 n'est applicable qu'à la clôture volontaire et non à la clôture forcée. De même l'art. 33 du Code rural ne concerne que les fonds ruraux. D. 1883, I, 342; P. 1890, III, 113.

935. Lorsque le mur de clôture a été élevé par l'un des voisins sans qu'il ait fait condamner l'autre à contribuer aux frais de la construction, il ne peut plus exiger la participation de celui-ci à la dépense. L'art. 663, en effet, est une exception au droit commun; à ce titre il est de stricte interprétation. Or il accorde uniquement à chacun des voisins le droit de forcer l'autre à contribuer à la construction d'un mur de clôture; il ne lui accorde pas en outre le droit de forcer l'autre à payer la moitié d'une construction déjà faite sans son assentiment. On comprend que la loi ait fait cette distinction; une fois la clôture faite et terminée par un seul des voisins, le danger des querelles de voisinage est conjuré; il n'y a donc plus lieu d'imposer la participation à la dépense. Le constructeur du mur ne saurait avoir d'action contre son voisin que si celui-ci venait à faire usage du mur en y appuyant des constructions, plantations, etc. P. 1891, III, 149.

SECTION 3^e. — De la mitoyenneté.

Sommaire :

- § 1^{er}. — Notions générales.
- § 2^e. — Du mur mitoyen.
 - I. — Comment se prouve la mitoyenneté.
 - II. — Des droits que confère la mitoyenneté.
 - III. — Des charges qui dérivent de la mitoyenneté.
 - IV. — De la cession forcée de la mitoyenneté.
- § 3^e. — De la mitoyenneté des clôtures autres que les murs.

§ 1^{er}. — NOTIONS GÉNÉRALES.

936. La mitoyenneté est la copropriété d'une clôture entre propriétaires voisins séparés par cette clôture.

Cette copropriété diffère de la copropriété ordinaire (suprà, n° 779) :

1° En ce qu'elle s'établit quelquefois sans le libre assentiment du voisin. On a vu que dans les villes et faubourgs, chacun peut contraindre son voisin à contribuer à la construction d'un mur mitoyen. Art. 663 (suprà, n° 933). On verra que partout un voisin peut obliger l'autre à lui céder la mitoyenneté de son mur. Art. 660 et 661 (infra, n°s 945 à 948).

2° En ce que nul ne peut la faire cesser en demandant le partage ou la licitation. La mitoyenneté est une communauté avec indivision forcée. L'indivision forcée des clôtures mitoyennes se trouve virtuellement établie par les textes aux termes desquels l'abandon de la mitoyenneté est l'unique moyen, pour le copropriétaire d'une clôture mitoyenne, de se dispenser de contribuer à l'entretien de cette clôture. Art. 656 et 33 du Code rural.

3° En ce qu'elle ne se prouve pas seulement par les modes ordinaires de preuve. La loi établit certaines présomptions de mitoyenneté. Art. 653 et 654.

4° En ce que chacun des copropriétaires peut faire des innovations sur la chose commune, sans le consentement de l'autre, à la condition de ne pas nuire à celui-ci. Art. 657 et suiv.

Les droits et les charges de la mitoyenneté sont des accessoires rattachés activement et passivement à la propriété des deux héritages contigus.

§ 2°. — DU MUR MITOYEN.

I. *Comment se prouve la mitoyenneté.*

Art. 653 et 654.

937. Un mur est mitoyen (la coutume de Paris disait : mur *moitoyen*) lorsqu'il se trouve sur la ligne séparative de deux héritages contigus et qu'il a été construit par les voisins à frais communs ou, s'il a été construit par un seul, que l'autre en a acquis la copropriété à titre onéreux ou gratuit.

Afin de prévenir la multiplicité des procès entre propriétaires voisins et de n'en point remettre le sort à des documents ou des témoignages le plus souvent vagues et incertains, la loi établit certaines présomptions, les unes de mitoyenneté entre les voisins, les autres de propriété exclusive au profit de l'un des voisins. Ces diverses présomptions reposent toutes sur cette idée que le propriétaire du mur doit être celui auquel il est utile : *is fecit cui prodest*. Le mur sert-il également aux deux voisins, il est à supposer qu'il appartient à l'un et à l'autre. Ne sert-il qu'à un seul, on doit présumer qu'il n'appartient qu'à celui-là.

Comme toutes les présomptions légales, les présomptions des art. 653 et 654 doivent être limitées aux cas en vue desquels le législateur les a établies, car les présomptions légales sont des exceptions au droit commun, et les exceptions sont de stricte interprétation. D. 1893, II, 126.

938. Les présomptions de mitoyenneté sont établies par l'art. 653. Elles s'appliquent partout, dans les campagnes comme dans les villes.

Tout mur servant de séparation entre bâtiments est présumé mitoyen jusqu'à la hauteur du bâtiment le moins élevé (*l'héberge*). Toute la partie du mur qui dépasse l'héberge appartient au propriétaire du bâtiment le plus élevé.

Est aussi présumé mitoyen, tout mur servant de séparation entre cours et jardins. Peu importe qu'il sépare deux cours ou deux jardins, ou une cour et un jardin. D'un autre côté, le texte n'exige pas que les deux héritages soient par ailleurs en état de clôture.

Est encore présumé mitoyen, tout mur servant de séparation entre enclos, même dans les champs. La présomption n'existe que si les deux héritages sont l'un et l'autre en état de clôture, mais elle existe alors même que l'un serait entièrement entouré de murs et que l'autre serait fermé en partie par d'autres clôtures.

Il n'y a pas de présomption de mitoyenneté à l'égard du mur qui sert de séparation entre un bâtiment et une cour ou un jardin, même dans une ville ou faubourg. P. 1884, III, 78; D. 1886, I, 452. Il n'y en a pas non plus à l'égard du mur qui existe entre deux jardins, non comme clôture, mais comme simple soutènement d'une terrasse. D. 1893, II, 437.

939. Les présomptions de non-mitoyenneté, c'est-à-dire de propriété exclusive au profit de l'un des voisins sont établies par l'art. 654.

Ces présomptions se tirent de certaines dispositions particulières du mur au point de vue de sa construction, qui indiquent que l'un des voisins est obligé de recevoir seul l'égout des eaux (art. 681), ou qu'il a seul le droit de bâtir contre ce mur :

1° Lorsque la partie supérieure du mur, qu'il soit ou non chaperonné, est disposé de telle façon que l'égout tout entier se déverse du même côté, le texte présume que le voisin sur lequel tombe l'égout, a seul construit le mur et que par suite il en est propriétaire exclusif.

2° Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté du mur des pierres en saillie destinées à servir d'appui à des poutres, pour le cas où l'on viendrait à adosser une construction contre le mur, le texte présume que le mur appartient tout entier au propriétaire du côté duquel se trouvent les corbeaux.

940. Les présomptions légales des art. 653 et 654 sont purement relatives ou *juris tantum*.

Comment peuvent-elles être combattues ?

Il faut distinguer entre les présomptions de l'art. 653 et celles de l'art. 654.

L'art. 653 n'indique que deux moyens de combattre ses présomptions : un titre ou une des marques de non-mitoyenneté déterminées par l'art. 654.

Le mot *titre*, à l'art. 653, est pris dans le sens de titre écrit, authentique ou privé. En effet, un *titre du contraire* ne peut s'entendre que d'un instrument de preuve. Cet acte instrumentaire établissant que le mur appartient exclusivement à l'un des voisins doit émaner de l'autre voisin ou des auteurs de celui-ci, car il est de principe qu'un titre ne peut être invoqué que contre celui dont il émane et ses successeurs. D. 1893, II, 126.

En ne mentionnant que le titre et les marques de non-mitoyenneté, l'art. 653 a voulu exclure la preuve testimoniale de la non-mitoyenneté, même en matière n'excédant pas 150 fr. (1). Il n'a pas entendu prohiber la preuve de la possession exclusive que l'un des voisins aurait eue, pendant trente ans, du mur présumé mitoyen. La prescription équivaut, en effet, à un titre écrit.

A la différence des présomptions de mitoyenneté de l'art. 653, les présomptions de propriété exclusive de l'art. 654 peuvent être combattues par tous les modes ordinaires de preuve. L'art. 654, en effet, n'en exclut aucun. Dans le silence de ce texte, c'est tout le droit commun qui doit recevoir son application.

II. *Des droits que confère la mitoyenneté.*

Art. 657 à 659, 662 et 675.

941. Chacun des copropriétaires du mur mitoyen a le droit de s'en servir pour tous les usages auxquels il est destiné

(1) Lorsque le titre écrit a été perdu, la preuve testimoniale est recevable, conformément au droit commun, pour établir l'existence antérieure du titre, sa teneur et sa perte.

d'après sa nature, à la condition de respecter le même droit chez son copropriétaire. C'est là une règle générale applicable dans tous les cas de copropriété. Art. 35, al. 2, du Code rural.

La mitoyenneté confère des droits plus étendus qu'une communauté ordinaire. Tandis qu'un communiste ordinaire ne peut pas faire de changements sur la chose commune sans le consentement de ses copropriétaires, chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen peut y pratiquer, sans le consentement de l'autre, certaines innovations compatibles avec la destination du mur. Seulement, à défaut de ce consentement, il doit, au préalable, faire régler par experts les mesures nécessaires pour empêcher que les innovations projetées ne compromettent la solidité du mur et ne nuisent au droit égal et réciproque du voisin. Art. 662.

En vertu de ce principe :

1° Chacun des copropriétaires peut appuyer un bâtiment au mur mitoyen, en y enfonçant des poutres dans toute son épaisseur, à cinquante-quatre millimètres près, sans préjudice du droit qu'à l'autre voisin de les faire réduire à l'ébauchoir jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait également asseoir des poutres au même endroit ou y adosser une cheminée. Art. 657. Cette disposition prouve que le mur mitoyen est *un*, ne se compose pas de deux propriétés juxtaposées; chacun des voisins a le droit de propriété sur toutes les parties du mur et non pas seulement sur la moitié qui est de son côté.

2° Chaque copropriétaire peut pratiquer des enfoncements dans le mur pour y établir des armoires ou pour y encastrer des tuyaux, etc. Art. 662. Le voisin peut faire réduire ces travaux à la moitié du mur, s'il en fait de semblables de son côté; l'art. 657 le dit pour les poutres, il faut étendre sa disposition par voie d'analogie.

3° Enfin, tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen. Art. 658. L'exercice de ce droit n'est subordonné à la justification d'aucun motif de nécessité, d'utilité ou d'agrément. D. 1864, I, 219.

Le copropriétaire qui fait procéder à l'exhaussement devient propriétaire exclusif de la partie exhaussée. Il doit supporter seul la dépense de l'exhaussement, ainsi que les réparations ultérieures de cette partie du mur. De plus, comme la surcharge résultant de l'exhaussement sera pour la partie inférieure qui reste mitoyenne une cause de réparations plus fréquentes, il doit payer à son copropriétaire une indemnité calculée en raison de l'importance de l'exhaussement.

Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté. Art. 659. Dans ce cas, le voisin ne peut, bien entendu, demander aucune indemnité de surcharge.

Au nombre des frais de reconstruction, figurent les frais à faire pour étayer les bâtiments du voisin pendant les travaux, ainsi que les dépenses nécessaires pour remettre dans leur ancien état les plantations ou les constructions que le voisin avait appuyées contre le mur mitoyen. Mais ce dernier ne peut réclamer aucune indemnité pour la gêne et les embarras momentanés que lui cause l'exécution des travaux, ni même à raison de l'entrave apportée à l'exercice de son commerce ou de son industrie. En faisant les travaux nécessaires pour l'exhaussement du mur, le voisin se borne à user de son droit; or *qui jure suo utitur neminem lædit*. P. 1888, II, 330.

942. Jamais l'un des voisins ne peut se permettre des innovations qui seraient incompatibles avec la destination du mur mitoyen. C'est ainsi que l'on ne pourrait pas, sans le consentement du copropriétaire, ouvrir dans le mur mitoyen des fenêtres ou ouvertures, en quelque manière que ce soit. Art. 675. Le mur mitoyen est fait pour se clore; il ne serait plus une clôture si l'un des voisins pouvait y pratiquer des ouvertures. Le consentement du voisin serait ici indispensable; on ne pourrait pas y suppléer par les moyens indiqués en l'art. 662.

III. Des charges qui dérivent de la mitoyenneté.

Art. 655 et 656.

943. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. Art. 655. Les derniers mots de ce texte font allusion au cas où le mur n'est mitoyen que pour partie.

Pour que les frais de réparation ou de reconstruction soient une charge commune, il faut que le mauvais état du mur provienne de sa vétusté, d'un vice de construction originaire ou d'un accident. J. Liège, 1892, p. 314.

Lorsque la reconstruction est reconnue nécessaire, elle doit être effectuée eu égard uniquement à la destination que le mur avait antérieurement, et non eu égard à une destination nouvelle quelconque. Arg. de l'art. 659.

944. Le copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant son droit de mitoyenneté. Art. 656. C'est un principe général que celui qui n'est tenu que *propter rem*, peut se libérer de son obligation par l'abandon de la chose.

L'abandon doit comprendre le mur et le sol indivis sur lequel il est assis. L'auteur de l'abandon perdra le droit d'appui et les autres avantages énumérés aux art. 657 et suiv.

La faculté d'abandon cesse dans trois cas :

1° Lorsque le mur soutient un bâtiment appartenant à celui qui veut faire l'abandon. En pareil cas, l'abandon ne serait pas effectif, puisque le propriétaire qui le ferait continuerait à retirer du mur le même avantage qu'auparavant. Art. 656, in fine.

2° Lorsque la reconstruction ou les réparations sont devenues nécessaires par la faute de celui qui veut faire l'abandon, car alors ce propriétaire n'est plus tenu seulement *propter rem*, il est encore tenu personnellement, par suite de la faute qu'il a commise en dégradant le mur. Art. 1382.

3° Lorsqu'il s'agit d'un mur établi conformément à

l'art. 663 entre deux héritages situés à la ville ou dans un faubourg. L'abandon prévu par l'art. 656 peut bien affranchir des charges qui ont leur source dans la mitoyenneté, mais non de celles qui dérivent de la clôture forcée, édictée par l'art. 663. Le voisin ne pourrait se soustraire aux obligations déterminées par l'art. 663 qu'en abandonnant son héritage tout entier (suprà, n° 934).

IV. *De la cession forcée de la mitoyenneté.*

Art. 660 et 661.

945. Tout propriétaire d'un terrain joignant un mur non mitoyen, a la faculté d'en acquérir la mitoyenneté, en tout ou en partie, en remboursant la moitié de la valeur du mur, ou de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, ainsi que la moitié de la valeur du sol sur lequel se trouve assis ce mur ou cette portion. Art. 661. Cette disposition déroge au principe protecteur de la propriété, posé par l'art. 545. Elle se justifie par cette considération économique qu'il vaut mieux diminuer dans une certaine mesure l'indépendance des propriétaires que de faire des constructions inutiles. Si elle n'existait pas, le propriétaire qui a besoin d'un mur serait obligé, dans le cas où le voisin refuserait de lui céder la mitoyenneté du sien, d'établir mur contre mur.

La faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté d'un mur n'est accordée par notre texte qu'au propriétaire *joignant ce mur*. Donc, tout propriétaire qui veut éviter l'acquisition éventuelle, à titre de mur mitoyen, du mur qu'il fait construire, n'a qu'à le bâtir en retrait de la ligne séparative des héritages; quelque faible que soit la distance, le voisin ne pourra jamais le contraindre à céder la mitoyenneté: il ne sera pas dans le cas de l'art. 661. Personne n'a le droit de s'enquérir des motifs qui déterminent un propriétaire à bâtir en retrait; il use de son droit de propriété comme bon lui semble. D. 1888, II, 320.

Le propriétaire joignant un mur n'est pas tenu d'acquérir la mitoyenneté de tout le mur, si une partie lui suffit. Il peut

se borner à acquérir la mitoyenneté d'une partie du mur soit en hauteur, soit en longueur, soit même en épaisseur. P. 1884, I, 87.

La faculté d'acquérir la mitoyenneté est imprescriptible, comme toute autre faculté légale. Art. 2232. Elle existe partout, à la campagne comme à la ville. Elle est absolue, en ce sens qu'on est admis à l'exercer, sans être tenu de justifier d'aucun intérêt de nécessité ou d'utilité. Celui qui a fait l'abandon de la mitoyenneté pour se dispenser de contribuer à la réparation ou reconstruction du mur, est toujours en droit de la racheter.

La faculté d'acquérir la mitoyenneté ne présente aucun caractère d'ordre public. Il est donc permis au voisin d'y renoncer.

946. Le voisin qui use de la faculté concédée par l'art. 661 acquiert la mitoyenneté à titre de vente. La vente est volontaire si le propriétaire du mur consent à la cession, forcée dans le cas contraire.

Le voisin qui construit en adossant sa construction contre mon mur, sans s'être entendu avec moi, ne devient pas immédiatement copropriétaire du mur. Il ne peut le devenir que par le règlement amiable ou judiciaire de l'indemnité à me payer. Jusque là son entreprise constitue une véritable usurpation. P. 1891, III, 149; D. 1892, I, 379.

947. L'acquisition de la mitoyenneté du mur par le voisin ne peut avoir pour conséquence de supprimer ni d'entraver les servitudes dont son héritage se trouve grevé au profit du fonds contigu. D. 1879, I, 118. Il n'est pas admis notamment à réclamer la suppression des barbicanes que le propriétaire exclusif du mur a établies pour l'écoulement des eaux naturelles de son fonds. Art. 640, al. 2.

Cette restriction faite que les servitudes proprement dites dont le mur est l'occasion ou l'objet, continuent d'exister comme précédemment, il faut décider que l'acquisition de la mitoyenneté a pour effet de placer les deux voisins sur un pied de parfaite égalité quant à la propriété du mur; l'ancien propriétaire exclusif ne peut plus exercer que les droits

restreints déterminés par les art. 657 à 659, 662 et 675; l'acquéreur est investi de tous les droits qui lui auraient appartenu si le mur avait été mitoyen dès l'origine. C'est ainsi que l'acquéreur a la faculté de réclamer la suppression de toutes les ouvertures quelconques, jours de tolérance ou fenêtres d'aspect, qui se trouvent pratiquées dans le mur. Il n'y a pas à distinguer entre les simples jours de tolérance et les ouvertures ou fenêtres qui ont été établies depuis plus de trente ans en dehors des conditions prescrites par les art. 676 à 680. Le droit qu'avait le voisin de maintenir ces ouvertures n'existait que comme *conséquence de la propriété exclusive du mur dégrevé de la servitude légale des art. 676 à 680*; l'acquisition de la mitoyenneté doit donc le faire cesser. P. 1892, I, 243.

948. Lorsqu'un mur mitoyen a été exhaussé par l'un des copropriétaires, celui qui n'a pas contribué aux frais de de l'exhaussement peut acquérir la mitoyenneté de la partie exhaussée en payant la moitié de la dépense faite et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur. Art. 660. Le texte dit la moitié de la *dépense faite*, et non pas la moitié de la *valeur* de l'exhaussement. C'est là une différence avec l'art. 661. La loi veut déjouer par là le calcul du copropriétaire qui refuserait de faire l'exhaussement à frais communs, avec la pensée d'en acquérir plus tard la mitoyenneté en payant, conformément à l'art. 661, la moitié de la valeur de la partie exhaussée, valeur qui est ordinairement moindre que la dépense.

§ 3°. — DE LA MITOYENNETÉ DES CLÔTURES AUTRES QUE
LES MURS.

Art. 666 à 668 du Code civil et art. 32 à 34 du Code rural.

949. L'art. 666 établit une présomption de mitoyenneté de tout fossé qui sépare deux héritages. Les art. 667 et 668 établissent une présomption de non-mitoyenneté du fossé

au profit du propriétaire de l'héritage du côté duquel le rejet de la terre se trouve.

L'art. 32 du Code rural établit une présomption de mitoyenneté de toute haie qui sépare des héritages. Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie. Art. 34, al. 1^{er}.

Les arbres plantés sur la ligne séparative des deux héritages sont aussi réputés mitoyens. Art. 34, al. 1^{er}.

Il n'existe aucune présomption légale de mitoyenneté pour les clôtures d'une autre nature (palissades, treillages, etc).

950. Chacun des copropriétaires a droit aux produits de la clôture commune et des arbres mitoyens. Art. 34, al. 1^{er}, in fine. Ainsi les copropriétaires d'un fossé ont droit chacun à la moitié de l'engrais provenant du curage.

L'art. 34, al. 2 et 3, établit deux exceptions à la règle de l'indivision forcée résultant de la mitoyenneté :

1° Le copropriétaire d'une haie mitoyenne a le droit de la détruire, à la charge de construire un mur à la limite extrême de sa propriété. Ce mur ne sera pas mitoyen, mais le voisin pourra en acquérir la mitoyenneté en invoquant l'art. 661.

2° Le copropriétaire d'arbres mitoyens peut exiger qu'ils soient arrachés.

951. L'art. 33 se borne à faire application des principes généraux du droit en ce qui concerne les charges qui dérivent de la mitoyenneté de toute clôture.

952. Aucun texte n'accorde au voisin dont l'héritage joint un fossé ou une haie non-mitoyenne, le droit de contraindre le propriétaire de ce fossé ou de cette haie à lui céder la mitoyenneté. L'art. 661 ne peut être étendu par analogie.

SECTION 4^e. — De la distance à observer dans les plantations et dans certaines constructions.

§ 1^{er}. — DE LA DISTANCE POUR LES PLANTATIONS.

Art. 35 à 37 du Code rural.

953. Il n'est permis de planter près de la limite séparative des héritages qu'à la distance consacrée par les usages

constants et reconnus, et, à défaut d'usages, qu'à la distance de deux mètres pour les arbres à haute tige et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives. La question de savoir si un arbre est de haute tige ou de basse tige est une question de fait, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Dès qu'il s'agit d'un arbre de tige ou d'une haie vive, il faut toujours qu'on observe une distance; à défaut de distance coutumière, on doit s'en rapporter à la loi. L'usage qui existerait dans une localité, de n'observer aucune distance, n'aurait aucune valeur. P. 1892, III, 153.

Il n'y a qu'un seul cas où la loi n'exige aucune distance : c'est celui où il s'agit d'arbres fruitiers en espalier. Art. 35, al. 2. L'article ajoute assez inutilement que lorsque le mur n'est pas mitoyen, son propriétaire seul a le droit d'y appuyer des espaliers. Rien n'empêcherait le voisin de disposer des espaliers sur un treillage sans observer aucune distance.

Quand des arbres autres que des espaliers ou haies se trouvent à une distance moindre que la distance légale, le voisin peut exiger qu'ils soient arrachés. Art. 36.

Dans le système du Code civil, la prohibition de planter à une distance moindre que la distance légale constitue une servitude légale. Sans doute, cette théorie n'est pas rationnelle (suprà n° 891); mais là n'est pas la question. Il faut prendre la loi telle qu'elle est; et, à ses yeux, la prohibition qui nous occupe est une *véritable servitude*. Or, les art. 706 à 708, qui déterminent comment les servitudes s'éteignent par non-usage (suprà n°s 912 à 914), s'appliquent aussi bien aux servitudes légales qu'aux servitudes établies par le fait de l'homme.

Il suit de là que si le propriétaire d'un fonds plante des arbres sans observer la distance légale et que le voisin néglige durant trente ans de se servir du droit dont il est armé, le mode de la servitude se retrouvera restreint par prescription extinctive. Désormais, le propriétaire pourra, toujours et en tout temps, planter des arbres de même essence, en même nombre et au même lieu que ceux au moyen

desquels il a prescrit, d'une manière définitive, le mode de la servitude légale dont son héritage est grevé.

Tel n'est pas l'enseignement ordinaire. La plupart des auteurs enseignent que le propriétaire qui a eu pendant trente ans des arbres plantés en dehors de la distance légale, n'a pas libéré son fonds d'une servitude, mais qu'il a, au contraire, acquis lui-même par prescription une servitude continue et apparente sur le fonds du voisin, conformément à l'art. 690. Cette prémisse posée, ils décident généralement, en vertu du principe : *tantum præscriptum quantum possessum*, que le propriétaire a simplement le droit de maintenir les arbres qu'il a plantés, mais qu'il n'a pas le droit de les remplacer dans le cas où ils viendraient à périr ou à être abattus. J. T. 1891, p. 658.

953. Le propriétaire sur le fonds duquel s'avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre ce dernier à couper ces branches. Il est de plus autorisé à couper lui-même les racines qui s'avancent dans son fonds. Art. 37, al. 1^{er} et 3. Il en est ainsi dans le cas même où il s'agirait d'arbres plantés à la distance légale, ou d'arbres plantés à une distance moindre et que le voisin aurait le *droit* de maintenir.

Afin de dédommager le voisin du tort que lui cause l'ombrage des branches, l'art. 47, al. 2, lui attribue les fruits qui tombent naturellement de ces branches.

L'art. 37, al. 4, considère le fait de la part d'un propriétaire de souffrir sans réclamation les branches ou les racines qui empiètent sur son terrain, comme une simple tolérance de bon voisinage et il décide en conséquence, selon l'art. 2232, que le droit de couper les racines et de faire couper les branches est imprescriptible. D. 1894, II, 3.

Observation.

955. Les dispositions des art. 32 à 37 du Code rural concernent les héritages urbains comme les fonds ruraux. Les auteurs du Code rural, qui les ont empruntées au Code civil,

n'ont pas eu l'intention d'en restreindre l'application aux héritages ruraux.

§ 2°. — DE LA DISTANCE POUR LES CONSTRUCTIONS.

Art. 674.

956. En principe, tout propriétaire peut élever sur quelque partie que ce soit de son fonds telles constructions qu'il lui plait. Art. 544.

Par exception, celui qui veut faire dans son fonds des constructions, excavations ou dépôts de nature à causer dommage au mur mitoyen, est obligé de laisser, entre ses travaux et ce mur, la distance prescrite par les règlements et usages sur la matière, ou du moins à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour éviter d'endommager le mur.

L'énumération donnée par l'art. 674 des travaux ou dépôts de nature à causer dommage à un mur, et par suite à motiver des mesures préventives, n'est pas limitative. Les tribunaux devraient donc, même dans le cas où il s'agirait d'entreprises non spécialement rappelées dans l'art. 674, par ex. : d'un amas de terres jectisses, susceptibles de causer dommage au mur du voisin, ordonner l'exécution des mesures prescrites pour ces hypothèses par les règlements et usages.

Parmi les mesures préventives prescrites par les règlements auxquels renvoie l'art. 674, il en est qui sont exigées non seulement dans l'intérêt privé du voisin, mais encore dans un intérêt public de sécurité et de salubrité. Telles sont celles qui concernent la construction des cheminées, des forges ou des fours, et l'établissement des fosses d'aisance. Quant à ces dernières, il faut remarquer : 1° que le voisin ne pourrait pas valablement renoncer au droit de les exiger. Art. 6 ; 2° qu'on ne pourrait s'affranchir de l'obligation de les observer, par aucun laps de temps, même par prescription trentenaire.

Lorsque les mesures prescrites n'ont pas été observées, le

voisin peut exiger la destruction des travaux, avec dommages-intérêts s'il y a lieu, art. 1143 et 1382, ou demander du moins que les prescriptions légales soient observées, si cela peut se faire sans démolir les ouvrages.

Il se peut que, malgré l'observation des règlements et usages, les travaux causent encore un dommage au mur; le voisin aura toujours le droit d'en demander la réparation, en vertu du principe de l'art. 1382 (suprà, n° 781).

SECTION 5^e. — Des jours et des vues.

957. Le droit d'avoir des ouvertures quelconques dans un mur est la conséquence de la propriété de ce mur. Art. 544. Seulement ce droit est soumis à certaines restrictions en ce qui concerne les jours et les vues. On appelle *jours de tolérance* ou plus simplement *jours*, des ouvertures pratiquées dans un mur et destinées uniquement à éclairer les appartements. Les *fenêtres* ou *vues* sont des ouvertures disposées de manière à laisser entrer l'air et la lumière et à permettre de voir au dehors. Art. 676 à 680. Ce sont les restrictions apportées par ces articles qui constituent la servitude légale relative aux jours et vues. La servitude pèse sur le propriétaire du mur, qui ne peut pas pratiquer des ouvertures comme il l'entend. D. 1892, II, 351.

L'art. 675, qui a trait aux ouvertures pratiquées dans un mur mitoyen, a été étudié plus haut (n° 942 et 949). Il ne reste à étudier ici que les textes relatifs aux ouvertures pratiquées dans un mur privatif.

§ 1^{er}. — DES JOURS.

Art. 676 et 677.

958. Le propriétaire d'un mur peut y pratiquer des jours, même lorsque ce mur joint immédiatement l'héritage d'autrui. Mais ces ouvertures doivent satisfaire aux conditions suivantes : 1° être à verre dormant, c'est-à-dire munies d'un verre fixé dans un châssis qui ne peut s'ouvrir; 2° être

à fer maillé, c'est-à-dire recouvertes d'un treillis en fer formant des mailles dont la loi détermine la dimension; 3° être placées à une certaine hauteur au-dessus du plancher ou du sol de la chambre qu'on veut éclairer. Toutes ces conditions sont fixées afin que les jours puissent servir seulement à éclairer les appartements, sans qu'ils puissent donner le moyen de regarder sur le voisin ou de jeter chez lui quelque chose.

La loi ne limite point les dimensions des jours. On peut les faire aussi grands que l'on veut, pourvu que l'on observe les conditions légales.

959. Lorsque les jours sont établis conformément aux art. 676 et 677, le voisin n'a qu'un moyen d'en exiger la suppression, si d'ailleurs le mur joint immédiatement son fonds, c'est d'acquérir la mitoyenneté de ce mur. Art. 661 et 675 cbn.

L'existence de jours établis conformément aux prescriptions légales n'enlève pas au propriétaire du fonds voisin le droit de faire sur son fonds tels travaux que bon lui semble, alors même que ces travaux auraient pour résultat de masquer complètement les jours. Art. 544 et 552. Ce droit continuerait de lui appartenir, même si les jours étaient percés depuis plus de trente ans. Art. 2232.

§ 2°. — DES VUES.

Art. 678 à 680.

960. Les vues étant pour le voisin beaucoup plus gênantes que les jours, la loi ne permet d'en établir sans son consentement qu'autant que le mur dans lequel on les pratique se trouve à une certaine distance de son héritage.

La distance légale varie suivant qu'il s'agit d'une vue *droite* ou d'une vue *oblique*. Elle est plus grande pour les vues droites, parce que ces vues gênent davantage le voisin.

La vue droite, ou de face, est une vue pratiquée dans un mur sensiblement parallèle à la ligne séparative des héri-

tages. La vue oblique ou de côté est une vue pratiquée dans un mur sensiblement perpendiculaire à la ligne séparative.

Ces mots *parallèle* et *perpendiculaire* ne doivent pas être pris dans leur sens strictement géométrique. Les tribunaux ont à apprécier si la ligne du mur se rapproche plus de la ligne parallèle que de la ligne perpendiculaire, ou réciproquement.

Les vues droites ne peuvent être ouvertes que dans un mur situé à dix-neuf décimètres au moins de la ligne séparative. Pour les vues obliques, il suffit qu'il existe une distance de six décimètres.

La distance se compte, pour les vues droites, depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, s'il s'agit d'une fenêtre, et, s'il y a balcons ou semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne séparative des deux propriétés (*). A l'égard des vues obliques, la distance doit être calculée à partir de l'arête du jambage de la fenêtre la plus rapprochée du fonds voisin. C'est dans ce sens qu'il faut entendre l'art. 680 pour cette hypothèse; si on l'appliquait à la lettre, il amènerait cette décision absurde qu'il ne serait jamais permis d'ouvrir une vue oblique dans un mur dont l'une des extrémités arriverait à toucher l'héritage du voisin!

Les art. 678 et 679 ne faisant pas de distinction entre les murs, les distances qu'ils déterminent doivent être observées pour les vues établies dans un mur de clôture aussi bien que pour les vues pratiquées dans le mur d'une maison.

961. Les art. 678 et 679, de même que les autres dispositions de notre titre, ne concernent que les rapports de voisinage entre les propriétés privées.

Le droit de pratiquer des ouvertures dans un mur bordant la voie publique ne souffre d'autres conditions ou restrictions

(*) Un balcon donnant une vue droite non seulement sur le fonds d'en face, mais aussi sur chacun des deux fonds de côté, la distance exigée pour les vues droites doit exister par rapport aux trois côtés du balcon.

que celles qui résultent de la législation administrative. On peut donc établir toute espèce d'ouvertures dans un mur bordant la voie publique, alors même qu'à raison du peu de largeur de la rue ces ouvertures ne se trouveraient pas à la distance légale (dix-neuf décimètres) d'un héritage situé de l'autre côté. P. 1888, III, 12; D. 1892, I, 285.

962. Lorsque des vues ont été ouvertes à la distances légale, le voisin ne peut en exiger la fermeture. A lui de se protéger s'il se sent incommodé par elles, en établissant un mur suffisamment élevé, un rideau d'arbres, etc. Art. 552.

§ 3°. — DES EFFETS DE LA PRESCRIPTION QUANT AUX JOURS ET VUES ÉTABLIS CONTRAIREMENT AUX PRESCRIPTIONS LÉGALES.

963. Lorsque des jours ou des vues ont été établis contrairement aux prescriptions légales, le voisin peut exiger leur suppression. Arg. des art. 672, al. 1^{er}, 1143 et 1382.

Mais quid s'il néglige d'agir pendant trente ans ? Il est hors de doute que le propriétaire du mur peut conserver les ouvertures extra-légales dont il s'agit, tout droit réel ou de créance s'éteignant par la prescription trentenaire. Art. 706 et 2262. J. T., 1892, p. 232.

Faut-il en rester là, se borner à décider que le propriétaire du mur est simplement affranchi de la servitude légale dont il était grevé par nos textes, ou bien faut-il aller plus loin et dire qu'il a acquis une véritable servitude active sur le fonds du voisin, de telle sorte que celui-ci ne pourrait plus faire aucune construction ou plantation dont le résultat serait de rendre la servitude illusoire ou moins commode ?

La jurisprudence française décide que le propriétaire du mur a acquis une servitude active sur le fonds du voisin, servitude de jour *ad usum diurnum*, ou servitude de vue *ne luminibus officiatur*, suivant que les ouvrages pratiqués dans le mur consistent en de simples jours ou en des fenêtres d'aspect. Elle admet en conséquence, par application de l'art. 701, que s'il s'agit d'une simple servitude de jour, le

propriétaire de l'héritage grevé doit laisser au propriétaire du mur la lumière suffisante eu égard à la destination de ce jour, et que s'il s'agit d'une servitude de vue, il ne peut plus faire de constructions ni de plantations qu'à la distance de dix-neuf ou de six décimètres, selon que la vue qu'il doit supporter est droite ou oblique. S. 1891, IV, 13.

Au contraire, il est de jurisprudence constante en Belgique que la possession trentenaire d'ouvertures pratiquées dans un mur privatif, en dehors des conditions prescrites par la loi, a uniquement pour effet d'affranchir le propriétaire du mur de la servitude passive dont il était grevé par nos art. 676 et suiv., mais que cette possession ne saurait avoir pour résultat de lui faire acquérir une servitude active quelconque sur le fonds du voisin, parce qu'elle n'implique par elle-même *aucune contradiction* au droit absolu de celui-ci de jouir et de disposer de son terrain pour toutes les fins non défendues par la loi, et particulièrement pour y élever des constructions. Art. 544 et 552. Il ne pourrait y avoir de prescription acquisitive d'une servitude qu'au moyen d'une possession se caractérisant par un balcon, un auvent ou quelque autre ouvrage *en saillie* sur la propriété voisine. P. 1894, I, 69.

SECTION 6^e. — Du droit de passage pour cause d'enclave.

Sommaire :

§ 1^{er}. — Des conditions sous lesquelles le droit de passage peut être réclamé.

§ 2^e. — De l'assiette de la servitude de passage.

§ 3^e. — De l'indemnité à payer au propriétaire du fonds grevé.

§ 4^e. — De l'influence de la prescription en matière de passage pour cause d'enclave.

§ 5^e. — Des effets de la cessation de l'enclave.

§ 1^{er}. — DES CONDITIONS REQUISES POUR QUE LE PASSAGE SOIT DÙ.

Art. 682.

964. Le but de l'art. 682 est de rendre possible l'exploitation des fonds enclavés. Il importe à l'intérêt général qu'un fonds ne reste pas improductif par suite de l'impossibilité pour le propriétaire d'y accéder.

La servitude légale de passage n'existe qu'au profit des fonds enclavés, et seulement dans les cas où l'enclave ne résulte pas d'un fait volontaire de la part du propriétaire enclavé ou de ses auteurs.

On doit considérer comme enclavé, non seulement le fonds qui est privé de toute issue sur la voie publique, mais encore celui qui n'a qu'une issue insuffisante pour son exploitation. P. 1890, III, 186. D'un autre côté les simples inconvénients que peut présenter le passage par l'issue existante, ne suffisent pas pour faire envisager le fonds comme enclavé. D. 1890, I, 63.

Le passage peut être réclamé non seulement pour l'exploitation agricole du fonds mais encore pour son exploitation industrielle. L'art. 682, en effet, ne distingue pas entre les divers modes d'exploitation. P. 1888, II, 117.

965. La servitude *légale* de passage n'existe que lorsque l'origine de l'enclave est inconnue ou lorsqu'elle provient d'un accident naturel, tel que l'éboulement d'un terrain, ou d'un fait de l'autorité administrative, tel que l'établissement d'un canal ou d'un chemin de fer. Elle n'existe point toutes les fois que l'enclave est le résultat d'un fait volontaire de la part de l'enclavé lui-même, ou de ses auteurs. Il ne saurait en effet dépendre de la volonté des parties qui concourent à une aliénation (vente, échange, partage, etc.) dont le résultat est de créer une enclave, d'imposer une servitude de passage à des fonds qui n'y étaient pas antérieurement soumis. P. 1874, II, 264. En pareil cas cependant le propriétaire enclavé a toujours le droit d'exiger un passage pour l'exploitation de son fonds, mais ce passage, il ne peut jamais le réclamer que sur les terrains qui ont fait l'objet de

la convention ou de la disposition d'où est née l'enclave; c'est alors une servitude *tacitement établie par le fait de l'homme*, et non pas une servitude légale.

Ainsi, les copropriétaires d'un terrain bordant la voie publique le partagent de telle façon que le lot de l'un d'eux se trouve séparé de la voie publique par les autres. Le passage nécessaire au propriétaire du lot enclavé devra être pris sur les fonds de ses copartageants, les inconvénients de l'enclave devant être supportés exclusivement par ceux qui l'ont faite. P. 1890, III, 118.

§ 2. — DE L'ASSIETTE DE LA SERVITUDE.

Art. 682, 683 et 684.

966. De sa nature, la servitude de passage grève tous les fonds voisins de l'héritage enclavé, quelles que soient la nature physique de ces fonds et leur condition juridique. Ainsi les enclos tenant ou non aux habitations y sont soumis. Ainsi encore les fonds dotaux y sont sujets, malgré leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité.

Il y a cependant une observation à faire en ce qui touche le passage réclamé sur un fonds dépendant du domaine public : il faut que l'exercice du droit de passage soit compatible avec la destination publique de ce fonds (suprà, n° 771).

967. En principe, le passage doit être pris sur les fonds voisins qui présentent le trajet le plus court pour arriver à la voie publique. Ce principe n'est cependant pas tellement absolu que les juges ne puissent s'en écarter, si la situation des lieux ou quelque circonstance particulière l'exige. Arg. du mot *régulièrement* de l'art. 683. Ainsi le fonds du côté duquel le trajet est le plus court est une habitation ou un enclos, tandis qu'il y a à côté un terrain nu, ouvert et de peu de valeur. P. 1888, II, 117.

Dans tous les cas, le passage doit être fixé par l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est imposé. Art. 684.

§ 3°. — DE L'INDEMNITÉ A PAYER AU PROPRIÉTAIRE DU
FONDS GREVÉ.

Art. 682 in fine.

968. La servitude *légale* de passage, c'est-à-dire la servitude réclamée conformément à l'art. 682 (suprà, n° 965), ne peut être exercée qu'à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'elle peut occasionner. Le montant de cette indemnité sera réglé par la justice sur expertise, si les parties ne peuvent pas s'entendre pour la déterminer à l'amiable.

On décide généralement, par argument de l'art. 545, que le paiement de l'indemnité doit être préalable à l'exercice du droit de passage.

§ 4°. — DE L'INFLUENCE DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE
PASSAGE POUR CAUSE D'ENCLAVE.

Art. 685.

969. Le droit pour le propriétaire enclavé de réclamer un passage, en vertu de l'art. 682, est imprescriptible ; car c'est la loi qui le lui concède dans un intérêt général, et on ne prescrit pas contre l'intérêt public.

Au contraire, le droit de demander l'indemnité due à raison du passage, est sujet à la prescription trentenaire, qui commence à courir du jour où le passage est exercé à titre de servitude légale. Art. 685. Cette prescription commence à courir même quand le passage est exercé en l'absence de tout règlement conventionnel ou judiciaire sur l'assiette et le mode de la servitude. B. J. 1887, p. 1086.

970. L'assiette et le mode de la servitude légale sont susceptibles d'être déterminés par la prescription acquisitive de trente ans, c'est-à-dire par trente ans d'usage continu. Lors donc que le propriétaire du fonds enclavé a passé pendant trente ans sur un fonds voisin, en l'absence de toute convention et de tout règlement judiciaire, le pro-

priétaire sur le terrain duquel le passage s'est effectué, ne peut plus prétendre que ce passage doit être pris soit sur un fonds voisin, soit sur une autre partie de son propre fonds (*assiette* de la servitude), et, d'autre part, il ne peut plus élever de contestation sur l'étendue de la servitude, soutenir par exemple qu'un passage à pied suffit pour l'exploitation du fonds enclavé, alors que le propriétaire de ce fonds a passé pendant trente ans avec une charrette (*mode* de la servitude).

On ne peut objecter contre cette décision que la servitude de passage est discontinuë et que la possession même immémoriale ne suffit pas pour établir les servitudes discontinuës. Art. 688 et 691 cbn. La réponse est qu'il ne s'agit pas ici de l'établissement même d'une servitude; la servitude est toute établie, puisqu'elle est *légale*, le titre du propriétaire enclavé se trouvant dans la loi elle-même, à l'art. 682. Il s'agit uniquement de l'*exercice* de la servitude. Or, aucune disposition légale ne soustrait, en cas d'enclave, l'exercice de la servitude de passage à l'application du principe général consacré par les art. 2219, 2228, 2229 et 2262, que la possession continuée pendant trente ans dans les conditions exigées par ces textes, se transforme en un droit véritable. P. 1892, I, 101; D. 1890, I, 309.

Il est toutefois bien entendu que le propriétaire du fonds sur lequel le passage a été exercé pendant trente ans peut toujours, dans les conditions indiquées à l'art. 701, en demander la translation sur une autre partie de son fonds.

§ 5°. — DES EFFETS DE LA CESSATION DE L'ENCLAVE.

971. Le droit de passage cesse lorsque l'enclave vient elle-même à cesser, soit par l'établissement d'un chemin public, soit par la réunion du fonds enclavé à un autre héritage ayant accès à la voie publique. Il en est ainsi alors même que le passage a été exercé pendant plus de trente ans. *Cessante causa, cessat effectus*. La servitude était accordée par la loi pour cause d'enclave; si donc l'enclave cesse, la

servitude doit disparaître. P. 1891, II, 15. Le droit de passage cesse avec l'enclave qui l'a fait naître, alors même qu'il y a eu paiement par le propriétaire enclavé de l'indemnité prescrite par l'art. 682. Le paiement de l'indemnité n'a pas mis l'enclavé dans la situation d'un acquéreur de servitude du fait de l'homme; la servitude, de légale qu'elle était, n'est pas devenue conventionnelle. L'indemnité a eu simplement pour but de compenser l'atteinte à la propriété du grevé (1).

972. La servitude *conventionnelle* de passage qui s'établit tacitement au profit de l'acquéreur d'une parcelle enclavée, lors de la division d'un fonds par suite de vente, d'échange, de partage, ou de tout autre contrat, continue toujours de subsister, malgré la cessation de l'enclave, quelle que soit la cause de cette cessation. P. 1889, II, 147.

(1) Il va de soi que l'ancien propriétaire enclavé a le droit de réclamer une partie de cette indemnité.
